Die zugesicherte Eigenschaft in § 459ff. B.G.B. und die Schadensersatzhaftung des Verkäufers für fahrlässig unrichtige Angaben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Marburg

vorgelegt von

Carl Siebert
Referendar in Cassel.

Marburg
Univ.-Buchdruckerei von Joh. Aug. Koch (Inh. Dr. C. Hitzeroth)
1912.

Referent: Professor Dr. Fr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern
in aufrichtiger Verehrung und inniger Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556035_0050

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher.

Bechmann: Kauf nach gemeinem Recht. Erster Teil.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. u. 5. Aufl.
Czylarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 10. Aufl. 1908.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.
Dernburg: Bürgerliches Recht. 3. Aufl.
Dernburg: Pandekten. 8. Aufl.
Dernburg: Preußisches Privatrecht.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903. Erster Band.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. u. 5. Aufl. Erster Band.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Recht.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.
Müller u. Meikel: Bürgerliches Recht des deutschen Reichs. 2. Aufl.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. 1861. Zweiter Band.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. 2. Aufl. 1904.
Sohm: Institutionen. 13. Aufl. 1908.

II. Kommentare und Textausgaben.

Achilles: (In Verbindung mit André, Ritgen etc.). 1906.
Düringer-Hachenburg; 1905.
Glück: Kommentar zu den Pandekten. Band 20.
Kuhlenbeck: Bürgerliches Gesetzbuch.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1910.
Neumann: Handausgabe des B.G.B.

Oertmann: 3. u. 4. Aufl. 1910.
Planck: Band II. 3. Aufl. 1907.
Rehbein: Band I u. II. 1905.
Staub: Kommnntar zum H.G.B. 8. Aufl. 1906.
v. Staudinger: Kommentar zum B.G.B. 1910.

III. Zeitschriften. Sammlung von Aufsätzen und Dissertationen.

Archiv für civilistische Praxis.
Archiv für bürgerliches Recht.
Crome: Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaft. Recht 1902.
Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in Gruchot 43, p. 305 ff.
Blume, von: Jherings Jahrbücher. 55, S. 209.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht (Band 20).
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hachenburg: Gutachten aus dem Anwaltsstand.
Haymann: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. Band I. Berlin 1912.
Jherings Jahrbücher für Dogmatik.
Jahrbuch des deutschen Rechts von Neumann.
Julius: Inwieweit ist der Verkäufer nach dem B.G.B. zur Lieferung mangelfreier Ware verpflichtet? Erlangen, Diss. 1907.
Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Civ. Arch. 101, p. 1 ff.
Leonhard, Fr.: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. Göttingen 1896 (cit.: Haftung).
Leonhard: Vərschulden beim Vertragsschluß. Berlin 1910 (cit.: Verschulden).
Leonhard, R.: Abhandlung in der Zeitschrift für Handelsrecht. Band 26, S. 287.
Mainz: Das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft beim Kauf einer Sache und seine Voraussetzung, insbesondere Wirkung nach gemeinem Recht und B.G.B. Leipzig, Diss. 1909.
Recht, Das: Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Stamm: Die Ansprüche eines Käufers einer individuellen Sache wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaften im gemeinen Recht und im B.G.B. Leipzig, Diss. 1902.

Steinke: Begriff der zugesicherten Eigenschaft und die Haftung dafür, insbesondere die des Verkäufers. Leipzig, Diss. 1904.
Stölzle: Viehkauf. 1908.
Wolffson: Die Voraussetzung der Haftung für zugesicherte Eigenschaft nach bürgerlichem Recht. Heidelberg, Diss. 1910.
Wetzel: Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache. Bamberg 1910.

Die in der Abhandlung ohne Zusatz angeführten §§ sind die des B.G.B.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt. Die zugesicherte Eigenschaft.

§ 1. Festlegung des Begriffs Eigenschaft 3

§ 2. Die Vertragsnatur der Zusicherung 12

§ 3. Das Verhältnis der Zusicherung zum typischen Kaufvertrag und ihre Form 19

§ 4. Eine stillschweigende Zusicherung reicht nicht aus . . 26

§ 5. Unverbindliche Anpreisungen und Angaben 32

II. Abschnitt. Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei leichtsinnigen Angaben.

§ 6. Die Haftung im Römischen Recht 36

§ 7. Das praktische Bedürfnis einer solchen Haftung . . 45

§ 8. Die Unzulänglichkeit anderer Rechtsbehelfe 51

§ 9. Die Analogie anderer Vorschriften 59

§ 10. Allgemeine Bedeutung der Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß 66

Einleitung.

Das B.G.B. spricht im § 459 ff. [1]) von „zugesicherten Eigenschaften", ohne irgendwo eine Definition der Begriffe Eigenschaft und Zusicherung zu geben. Wissenschaft und Praxis ist es überlassen, hier Klärung zu schaffen, und wenngleich sie schon manches in dieser Hinsicht getan haben, so möge doch die große Bedeutung dieses Gebietes es rechtfertigen, wenn im folgenden wiederum von anderen Gesichtspunkten aus zu einigen besonders wichtigen Streitfragen Stellung genommen wird. Es sollen in einem I. Abschnitt, nachdem (in § 1) der Begriff der Eigenschaft erörtert ist, einige Ausführungen über die Zusicherung gemacht werden. Das Ziel ist, nachzuweisen, daß die Zusicherung vertragsmäßig erfolgen muß (§ 2), und daß sie infolge ihres Zusammenhangs mit dem eigentlichen Kaufvertrag der für diesen erforderlichen Form bedarf (§ 3). Auch soll des näheren darauf eingegangen werden, daß eine stillschweigende Zusicherung nicht ausreicht, um eine Schadensersatzhaftung des Verkäufers zu begründen (§ 4) und im § 5 noch auf den Unterschied der Zusicherung mit verwandten Erscheinungen, den bloßen Anpreisungen und Angaben hingewiesen werden.

Aus den Ausführungen im ersten Abschnitt möge sich die im zweiten Abschnitt angestellte Betrachtung rechtfertigen. Bei der im ersten Abschnitt vertretenen Auffassung von der Natur der Eigenschaft und der Zusicherung ergibt sich die

1) Ebenso in anderen §§, die hier nicht weiter interessieren.

Notwendigkeit, dem Käufer in vielen Fällen — in denen dem Verkäufer auch nicht Arglist zur Last gelegt werden kann — den Schutz des § 463 versagen zu müssen, wo Recht und Billigkeit das Gegenteil erfordern, während der gegnerische Standpunkt leider bisweilen zu wenig die Interessen des Verkäufers berücksichtigt und dem Käufer in allen derartigen Fällen einen Schadensersatzanspruch zuspricht. Diese Erwägung gab zur Prüfung der Frage Anlaß, wie die im Gesetz vorhandene Lücke auszufüllen sei, eine Frage, die zu lösen nur vereinzelt der Versuch gemacht worden ist. Der zweite Abschnitt will daher versuchen, den Weg zu zeigen, auf dem eine Ergänzung zu § 463 möglich und richtig ist. Es soll dargelegt werden, daß schon das frühere, namentlich das römische Recht, ein Mittel hatte, dem Käufer seinen Schaden zu ersetzen, indem es den Verkäufer für die beim Vertragsschluß in fahrlässiger Weise gemachten Angaben haften ließ (§ 6). Des weiteren soll der Nachweis geführt werden, daß auch das heutige Recht die ihm von römischen Recht angewiesene Bahn gehen kann und muß. Denn das praktische Bedürfnis (§ 7), dem anderweit nicht genügend abgeholfen werden kann (§ 8), und die Analogie anderer Verschriften (§ 9) erheischen auch heute noch dringend Aufrechterhaltung des von uns anerkannten und verteidigten Standpunktes des früheren Rechts. In dem letzten § 10 soll dann abschließend noch einiges über die allgemeine Bedeutung der Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß gesagt werden.

I. Abschnitt.

Die zugesicherte Eigenschaft.

§ 1.

Festlegung des Begriffs Eigenschaft.

Vom rein sprachlichen Standpunkt aus betrachtet, ist Eigenschaft das, was einer Sache (oder Person) eigen ist. Diese Begriffsbestimmung ist im wesentlichen auch ins Gebiet der Jurisprudenz herüberzunehmen. Manche[1]) wollen allerdings unter Eigenschaft alles das verstanden haben, was von einer Sache ausgesagt werden kann. Diese Auffassung erscheint jedoch zum mindesten sehr ungenau, denn hiernach müsste man auch konsequenterweise die Existenz bezw. Nichtexistenz eines Dinges als Eigenschaft auffassen, da man sehr wohl von einer Sache sagen kann, sie existiere oder existiere nicht. Mit dieser Schlußfolgerung wäre man aber zu einem widersinnigen Resultat gekommen. Doch liegt auch dieser Auffassung der richtige Gedanke zugrunde, den Begriff aus dem Verhältnis des Subjekts zu der Substanz, von der die Eigenschaft ausgesagt wird, zu bestimmen.

Ich möchte daher etwa so definieren:

Eigenschaften sind unmittelbare Beziehungen eines Rechtssubjektes oder Rechtsobjektes zu anderen Gegenständen oder Personen, die einen Einfluß auf die Wert-

1) Z. B. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, S. 476.

schätzung der Sache im Verkehr ausüben, ohne daß diese Merkmale unbedingt von Natur aus der Sache anzuhaften brauchen.

Es ist also Eigenschaft, wie schon das R.O.H.G. [1]) richtig erkennt, etwas aus faktischem oder rechtlichem Zusammenhang als Ergebnis äußerlich hervortretendes, welches den betreffenden Gegenstand von anderen unterscheidet. Hieraus folgt, daß z. B. der Preis einer Sache nicht als Eigenschaft aufgefaßt werden kann, denn der Preis ist für uns der Maßstab, an dem wir den Wert der Sache abmessen. Dieses Werturteil beruht jedoch auf wirtschaftlichen Gesetzen, sodaß der Preis aus der Wertschätzung und den Eigenschaften der Sache resultiert, aber selbst keine Eigenschaft ist [2]).

Das folgende soll sich lediglich auf die Frage beschränken, welcher Kreis von Eigenschaften vom Gesetzgeber im § 459 ff. gemeint ist, ohne weitere Untersuchungen über die philosophische Begriffsbestimmung. In diesen Kreis fallen neben den physischen auch die nicht physischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Merkmale, sonach auch tatsächliche Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung auszuüben pflegen. Es ist klar, daß man infolge des Ausdrucks „Wertschätzung" nicht zur Annahme gezwungen wird, die Eigenschaft müsse der Sache ein Plus, das sie über den Durchschnitt erhebt, verleihen; es kann vielmehr auch ein Minus, wenngleich vielleicht seltener, eine Eigenschaft im Sinne des Gesetzes darstellen [3]). Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Sache auf Wunsch des Käufers eine derartige Gestalt zugesichert worden ist, daß sie allgemein betrachtet, ohne individuelle Sonderinteressen, ohne die zugesicherte Eigenschaft, wertvoller und brauchbarer gewesen wäre. Er-

1) 22, 392.
2) cf. Stamm, p. 7; Staub, p. 1616; R.G. 21, 311; 29, 242; 61, 84.
3) cf. Wolffson, 24.

innert wird hier an das von Cosack [1]) erwähnte Beispiel. Der Verkäufer sendet dem Käufer das bestellte Messer mit einem Korkzieher, obschon sich dieser den Korkzieher ausdrücklich verbeten hatte. . Wenn also der Verkäufer zugesichert hatte, daß er ein Messer ohne Korkzieher verkaufen wolle, so handelt es sich hier um Zusicherung einer Eigenschaft. Gleichwohl kann der Preis des Messers derselbe sein. Die Haltbarkeit braucht nicht vermindert zu sein, Aussehen und Brauchbarkeit können geradezu gebessert sein [2]). Damit ist gleichzeitig schon angedeutet, daß die Eigenschaft nicht unbedingt ein den allgemeinen Verkehrsanschauungen entsprechendes Interesse für den Käufer haben muß; es genügt, daß sie den individuellen Sonderinteressen des betreffenden Käufers angepaßt ist. Ob sie erheblich oder unerheblich, ob sie für den Wert oder die Tauglichkeit von Bedeutung, ob sie positiv oder negativ ist, das alles unterliegt, wie Endemann [3]) richtig bemerkt, keiner weiteren Nachprüfung durch den Richter, denn anderenfalls wäre der Verkäufer von jeder Haftung frei, wenn die zugesicherte Eigenschaft nur etwa ein Affektionsinteresse des Käufers befriedigen sollte. Häufig wird gerade das Verlangen der Zusicherung bestimmter Eigenschaften für den Käufer die Möglichkeit zur Erreichung rein persönlicher Wünsche wie für den Verkäufer den deutlichen Hinweis auf deren Bedeutung bilden [4]). Zur näheren Erklärung des Gesagten mögen einige Beispiele dienen: Ein Arzt kauft sich einen Hund oder ein Kaninchen, um an diesem irgendwelche Studien machen zu können und läßt sich einen bestimmten Fehler oder eine bestimmte Eigenschaft, z. B. tuberkulöse Erkrankung zusichern. „Oder der Käufer, der etwa einen Maskenball besuchen will, läßt sich einen Frack mit rotem Kragen und gelben Knöpfen anfertigen und diese Eigenschaft ausdrücklich zusichern“ [3]).

1) p. 453.
2) Mainz, p. 71.
3) V. Aufl. I, p. 719; cf. Wolffson, p. 24.
4) D.J.Z. 04, 592.

Die Ernstlichkeit eines solchen Vertrags und die sonstigen allgemeinen Erfordernisse (Geschäftsfähigkeit etc.) vorausgesetzt, steht m. E. nichts im Wege, hier Zusicherung einer Eigenschaft anzunehmen.

Bestritten ist, ob nach dem Gesetz die Zusicherung sich nur auf solche Eigenschaften bezieht, für die der Verkäufer an sich, ohne eine dahingehende Zusicherung nach der Verkehrsgewohnheit nicht haften würde oder auch auf andere, für die er schon anderweit einzustehen hätte. Letzteres ist richtiger Ansicht nach zu bejahen, wenn der Käufer sich mit der Zusicherung die höhere Wirkung, die das Gesetz mit ihr verbindet, sichern will, es ist zu verneinen, wenn die Rechte des Käufers dadurch eine Abschwächung erfahren, da dies dem Wesen der „offenbar im Interesse des Käufers beigefügten Klausel“ [1]) widerspräche. Es liegt meines Erachtens auch kein Bedenken vor, unter Umständen die Zusicherung von Vorzügen irgend welcher Art, Schönheit, Güte und Bequemlichkeit oder die Erklärung, das Schriftstück sei ein Originalbrief Bismarcks, als Zusicherung von Eigenschaften aufzufassen, weil solche Beziehungen nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache ausüben. Dabei ist es einerlei, ob der gebrauchte Ausdruck eine einzelne Eigenschaft oder einen Inbegriff von solchen bezeichnet (z. B. guter Jagdhund). Freilich wäre dann für den Einzelfall immer noch zu prüfen, ob es sich um Zusicherung einer Eigenschaft, nicht bloß um eine leere Rederei handelt. So erscheint es ganz richtig, wenn das Reichsgericht in der generalisierenden Erklärung des Verkäufers — die sich lediglich auf seine allgemeine Haftung bezieht — „der Ofen ist gut“, nur eine allgemein übliche und daher unverbindliche Anpreisung sieht. Dagegen ist in der Erklärung „die Hypothek ist gut“ umgekehrt mehr als eine bloße Rederei zu erblicken, da mit einer solchen zusichernden Erklärung eine greifbare Tatsache, nämlich die Deckung der

1) Oertmann, p. 425; cf. Seuff. Arch. 62, 53; Wolffson, p. 23.

Hypothek durch den Wert des Grundstücks zugesichert wird, die ihrerseits wieder von bestimmendem Einfluß auf die Wertschätzung ist. Und auch in der Äußerung „die Pferde sind völlig gesund" ist eine zum Schadensersatz verpflichtende Zusicherung zu erblicken [1]).

Zusicherungen über Quantitätsverhältnisse bei beweglichen Sachen können nur ganz ausnahmsweise als Zusicherung von Eigenschaften angesehen werden, nämlich nur, wenn die Sache dadurch derartig individualisiert wird, daß sie im gewöhnlichen Verkehrsleben durch die Zusicherung als ganz besonders geartet und gewertet erscheint, so z. B. wenn eine bestimmte Größe des verkauften Diamanten zugesichert wird.

Nach diesen allgemeinen Erörterungen soll nun zu einer Reihe einzelner, besonders zweifelhafter Fälle Stellung genommen werden.

Daß der Name [2]) einer Kaufsache mitunter eine Eigenschaft darstellen kann, wird klar, wenn wir an den Warenhandel im großen kaufmännischen Verkehr denken, wo der Name der Ware eine bedeutende Rolle spielt, namentlich wenn es sich um den Verkauf an Wiederverkäufer handelt.

Ferner können einem Kaufvertrag hinzugefügte Fristen für den Kaufgegenstand von solcher Bedeutung sein, daß sie nach der Verkehrsauffassung als wertbildender Faktor und somit als Eigenschaft erscheinen. So kommt es im großen Handelsverkehr häufig vor, daß Waren, namentlich Öl, Futtermittel, Getreide oder auch sonstige Objekte, je nach ihrer Natur und ihrem Zweck am Leistungsort spätestens im vereinbarten Monat zu erwarten sind (Erwartungsklausel), oder zu einer bestimmten Zeit abgeladen werden sollen. Eine diesbezügliche Zusicherung kann meines Erachtens als Zusicherung einer Eigenschaft aufgefaßt werden, denn die Zusicherung, die Ware solle im Oktober abgeladen werden — eine Vertragsbedingung

1) Gruchot 48, 342; cf. Recht 02, p. 613; Seuff. Arch. 58, No. 4.
2) O.L.G. 8, 54.

in uneigentlichem Sinn —, ist vom Standpunkt ex post einfach als Zusicherung, die Ware sei „Oktoberladung" aufzufassen.

Von bestimmendem Einfluß auf die Wertschätzung einer Ware ist weiter auch der Umstand, daß sie in einem bestimmten Bezirk noch nicht eingeführt, daß ihr Vertrieb ungehindert ist oder daß sie dem Verkäufer patentiert worden ist, ferner, daß sie eine bestimmte Haltbarkeit, Leistungsfähigkeit (z. B. bei Maschinen) aufzuweisen hat. Bei dem Verkauf eines Gebäudes der Umstand, daß es sich zum Hotelbetrieb oder zur Eröffnung eines sonstigen Unternehmens eignet; ebenso die Rentabilität eines Werks, der Umsatz eines Geschäfts und die Höhe der Mietserträge. Immer wird es sich daher in derartigen Fällen um eine Eigenschaft handeln [1]).

Interessant sind einige Fälle aus dem Handel mit Aktien, die auch dem Reichsgericht Gelegenheit zur Klarlegung seines Standpunktes gegeben haben. Bei Aktien, Kuxen und sonstigen Forderungsrechten bestimmt sich grundsätzlich die Haftung des Verkäufers für das Recht, dessen Träger das Papier ist, nicht nach den Regeln, die für Sachmängel gelten, sondern hier besteht lediglich Rechtsgewährleistung. Wie ist es nun, wenn der Verkäufer von Aktien bei deren Verkauf das Bestehen von Nebenrechten, insbesondere Sicherung durch Hypothek, Bürgschaft etc. zusichert? M. E. liegt die Sache hier sehr einfach: Nach § 437 haftet der Verkäufer eines Rechts für dessen rechtlichen Bestand, sinngemäß daher auch für solche Nebenrechte, die er als mit dem verkauften Aktienrecht mitverbunden bezeichnet hat. Denn diese Nebenrechte werden Gegenstand des eigentlichen Kaufvertrags, sie verschmelzen mit ihm zu einem einheitlichen Ganzen und fallen daher unter den Rechtsgewährleistungsanspruch. Als Eigenschaft, an deren Zusicherung sich die Folge des § 463 knüpft, können solche Nebenrechte nicht aufgefaßt werden. Nach Staub

1) cf. R.G. 54, 222; 58, 231; Dernburg § 63; Staub S. 1616; Gruchot 28, 909; 40, 867; 51, 942 u. a.

haften die Aktienemittenten für die Angaben, die sie in den Gründungsprospekten gemacht haben, vorausgesetzt allerdings, daß es sich um erhebliche tatsächliche Verhältnisse des Aktienunternehmens handelt. Staub [1]) führt diese Haftung auf die Gewährleistungsgrundsätze über zugesicherte Eigenschaften zurück. Ohne in diesem Fall die Frage nach einer Zusicherung näher zu prüfen, vermisse ich hier mit dem Reichsgericht [2]) die für die Eigenschaft erforderliche unmittelbare Beziehung zur Kaufsache. Ich kann daher aus demselben Grunde eine Eigenschaft im Sinn der Gewährleistung nicht annehmen, wenn z. B. beim Verkauf von Aktien oder Kuxen das Vorhandensein ganz bestimmter wirtschaftlicher Verhältnisse, wie Reichhaltigkeit der Tonlager einer Fabrik oder der Grubenfelder eines Bergwerks oder gute Beschaffenheit der Erze zugesichert wird. Eine Verschwommenheit des Eigenschaftsbegriffs außerhalb der Grenzen jeglichen natürlichen Empfindens wäre das Resultat der gegenteiligen Ansicht [3]). Es soll freilich nicht verkannt werden, daß in derartigen Fällen u. U. die Grenzen ziemlich flüssig sein können.

Auch im Grundstücksverkehr spielen die zugesicherten Eigenschaften eine große Rolle. Wir haben oben (S. 7 Z. 6 ff.) schon einiges über Quantitätsangaben gesagt, dort handelt es sich jedoch nur um bewegliche Sachen; Grundstücke erfordern aber auch in dieser Hinsicht eine andere Behandlung, hier haben wir im Gegensatz zu dort, wo gesetzliche Sondervorschriften nicht existieren, gesetzliche Relegung im § 468 aus der („gilt") hervorgeht, daß das Gesetz im allgemeinen in dem Versprechen einer bestimmten Quantität keine zugesicherte Eigenschaft sehen will. Die Erklärung des Verkäufers inbezug auf den Flächeninhalt des Grundstücks kann eine doppelte Bedeutung haben, sie kann nämlich erstens zur Individualisierung,

1) a. a. O.; ebenso R.O.H.G. 18, 182; R.G. 28, 29.

2) 59, 240; ähnlich J.W. 06, 378/5; D.J.Z. 05, 374 u. a.

3) Gegen unseren Standpunkt z. B.; v. Hagen, D.J.Z. 05. 663; Neukamp bei Holdheim 14, 1; schwankend R.G. 63, 61.

d. h. einfachen, näheren Bezeichnung des Grundstücks, wie es katastermäßig eingetragen ist, dienen, zweitens aber auch erfolgen zum Zwecke der Feststellung einer Vertragsmodalität, zufolge deren gerade eine bestimmte Flächengröße verkauft wird[1]). Im letzteren Falle gilt die Größe als zugesicherte Eigenschaft. Mangels positiver Bestimmung wäre es doch zum mindesten sehr zweifelhaft, ob das Minus als Fehlen der Eigenschaft oder Rechtsmangel anzusehen wäre, da gewissermaßen ein Stück des Eigentums fehlt, wenn das zugesicherte Flächenmaß in Wirklichkeit nicht vorhanden ist; ob bei Flächenangaben der erste oder der zweite Fall vorliegt, ist Tatfrage und vom Richter unter freier Beweiswürdigung festzustellen. Beweiserleichternd würde das Vorliegen eines den Erfordernissen des § 313 genügenden Veräußerungsvertrags in Betracht kommen.

Wir haben oben behauptet, daß der wirklich erzielte Kaufpreis keine Eigenschaft darstelle. Wolffson will für Grundstücke eine Ausnahme machen, indem er ihn u. U. wie sinnlich wahrnehmbare Eigenschaften behandeln will. Er führt aus, daß der Preis detaillierte Schilderungen ersetzen, das Grundstück gewissermaßen in den Rechtsverkehr begleiten würde, kurz: ein übersichtliches Bild über die Wertbildung gäbe[2]). Ich kann mich trotzdem, eben aus den oben angeführten Gründen, nicht zu dieser Ansicht bekennen[3]). Auch sehe ich nicht ein, weshalb man dann gerade nur bei Grundstücken zur gegenteiligen Auffassung kommt.

Es ist natürlich, daß bei dem heutigen (spekulativen) Grundstücksverkehr auch das Moment der Bebaubarkeit von erheblicher Bedeutung ist. M. E. ist es erforderlich, vorerst eine Begriffsbestimmung zu geben, was unter diesem vom Reichsgericht häufig gebrauchten Ausdruck verstanden sein soll: Man redet von einer natürlichen und rechtlichen Bebau-

1) cf. Staudinger zu § 468 Anm. 3b.
2) a. a. O. 29.
3) Ebenso R.O.H.G. 22, 392; Gruchot 48, 343.

barkeit und versteht unter der natürlichen oder Baubarkeit im engeren Sinn, die Fähigkeit oder Eigenschaft des Grundstücks, daß es, falls es als Bauland verkauft wird, seiner physischen und natürlichen Beschaffenheit nach zu diesem Zweck geeignet ist. Die Bebaubarkeit im rechtlichen Sinn — auch baupolizeiliche Baureife genannt — dagegen ist erst vorhanden, wenn der Bebauung auch rechtliche Hindernisse, sei es solche auf Grund öffentlich-rechtlicher Gesetze oder ortsstatutarischen Vorschriften nicht mehr im Wege stehen. Daß erstere als Eigenschaft aufgefaßt werden kann, ist klar. Hinsichtlich der rechtlichen Bebaubarkeit eines Grundstücks und der bauordnungsmäßigen Herstellung eines Gebäudes gilt dies jedoch nur in eingeschränktem Maße. Erstreckt sich nämlich die diesbezügliche Erklärung des Verkäufers auf diejenigen Bedingungen, die noch erfüllt werden müssen, um dem Grundstück die Baureife zu beschaffen, so handelt es sich nicht mehr um einen wertbildenden Faktor, sondern um eine Beziehung rechtlicher Natur, die mit dem Grundstück als solchem nichts zu tun hat, die Annahme einer zugesicherten Eigenschaft ist daher ausgeschlossen. Hat dagegen der Verkäufer bestimmte Zusicherungen konkreter Art gemacht [1]), so ist darin die Zusicherung einer Eigenschaft zu finden. Der wirtschaftliche, wertbildende Faktor ist auch entscheidend, wenn man in der Zusicherung, das Gebäude sei mit x Mark in der Brandversicherung, die Zusicherung einer Eigenschaft erblickt [2]), da der Versicherungsbetrag einen erheblichen Anhaltspunkt für den Wert des Grundstücks gibt und außerdem die Versicherung nur nach vorausgegangener Taxierung durch Sachkundige erfolgt.

Zum Schluß dieses Paragraphen soll noch erörtert werden, ob in der Zusicherung, eine jetzt vorhandene Eigenschaft daure in Zukunft fort, oder eine nicht vorhandene Eigenschaft werde in Zukunft vorhanden sein, die Zusicherung einer Eigenschaft gefunden werden kann. Die Frage ist m. E. zu ver-

1) cf. auch das von Staudinger S. 625 angeführte Beispiel.
2) O.L.G. 13, 421; R.G. 54, 222.

neinen. Im ersten Fall ist vielmehr die Zusicherung Gegenstand eines Garantievertrags, der den Währschaftsregeln nicht unterworfen ist. Im letzteren Fall aber ist die Eigenschaft zu der in Betracht kommenden Zeit noch nicht vorhanden. Es kann daher vom Standpunkt des Vertragsschlusses aus, selbst dann, wenn eine möglichst große Aussicht auf baldigen Eintritt der Eigenschaft besteht, die Zusicherung e. Eig. in der erwähnten Versicherung nicht gefunden werden [1]).

§ 2.

Die Vertragsnatur der Zusicherung.

Wir haben im vorigen Paragraphen darzulegen versucht, was unter Eigenschaft zu verstehen ist und fassen nun die beim Kaufvertrag inbezug auf solche Eigenschaften der Kaufsache abgegebenen Erklärungen ins Auge. Diese ließen sich leicht einteilen in solche des Verkäufers und solche des Käufers, doch soll für unsere Zwecke eine andere Einteilung gemacht werden, eine Unterscheidung im Hinblick auf den Inhalt der Erklärungen und deren rechtlichen Folgen. Ich unterscheide zwischen Zusicherung, Anpreisung und Angabe.

Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch enthält das Wort Zusicherung, wie Wetzel [2]) richtig erkannt, eine starke Bejahung, besonders häufig gebraucht, um etwaige Zweifel entschieden zurückzuweisen; nicht das Moment der bloßen Behauptung einer Tatsache ist genügend, sondern es muß noch das Moment des Willens (Absicht) des Zusichernden hinzukommen, für diese seine Behauptung Gewähr zu übernehmen. Im juristischen Sinn versteht man unter Zusicherung einer Eigenschaft das vom Verkäufer (eventuell in bestimmter Form, § 3 d. A.) in rechtsverbindlicher Absicht ausdrücklich abgegebene und vom Käufer vertragsmäßig an-

1) So L.Z. 2, 246 No. 4.
2) S. 10.

genommene Versprechen, für das Vorhandensein bezw. Nichtvorhandensein der Eigenschaft auf die vom Gesetz geregelte Art und Weise einzustehen.

Im praktischen Leben erfolgen derartige Zusicherungen häufig so, daß der Verkäufer dem Käufer erklärt: „Die Kaufsache hat die und die Eigenschaften", oder: „Ich garantiere Ihnen dafür, daß die Sache diese oder jene Eigenschaft hat". Der Käufer entgegnet dann häufig: „Gut, dann kaufe ich die Sache", er zahlt einfach den Kaufpreis und läßt sich den Gegenstand übereignen. Hierdurch entsteht für den Verkäufer die Verpflichtung, für den Fall des Fehlens der Eigenschaft dem Käufer das positive Erfüllungsinteresse zu ersetzen, das dieser an dem Vorhandensein der Eigenschaft hat. Wir haben nun schon in unserer Begriffsbestimmung angedeutet, daß es zur rechtlichen Bedeutsamkeit der Zusicherung, abgesehen von der ausdrücklichen Erklärung des Verkäufers, einer ausdrücklichen Annahmeerklärung des Käufers bedürfe. Könnte aber nicht gerade so gut eine nur einseitige Willenserklärung des Verkäufers (oder auch unter Umständen des Käufers), die von seinem Vertragsgegner nicht angenommen zu werden braucht, selbständig eine solche Rechtswirkung erzeugen? Diese Frage will ich verneinen und im folgenden nachweisen, daß nur die vertragsmäßige Zusicherung als solche die im Gesetz erwähnten Rechtsfolgen nach sich zieht, ohne daß damit behauptet werden sollte, hinsichtlich der nicht vertragsmäßigen Zusicherung sei dem Käufer überhaupt kein Schutzmittel gegeben. Wir stellen uns mit dieser Behauptung auch auf den Standpunkt der herrschenden Lehre [1]). Doch finden sich unter unseren Anhängern zahlreiche, die einen Unterschied machen zwischen der Zusicherung des § 459, die lediglich zur Wandelung oder Minderung berechtigt, und der des § 463, bei der dem Käufer ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nicht-

1) cf. die einschlägige Literatur bei § 459 und 483 und die Rechtssprechung, cit. bei Leonhard, Verschulden, p. 15 A. 1.

erfüllung zugebilligt wird. Ich vermag diesen Unterschied nicht zu begründen; aus der Ausdrucksweise des Gesetzes im § 459 II, wo nur einseitig von der Erklärung des Verkäufers „zugesicherte Eigenschaften" die Rede ist, folgt er m. E. keineswegs. Auch läßt sich nur schwer annehmen, daß das B.G.B. in zwei ganz benachbarten und verwandten Gebieten denselben Ausdruck verschieden verstanden wissen will, wenngleich die Rechts f o l g e n in beiden Paragraphen verschieden sind. Es liegt doch sehr nahe, daß der Gesetzgeber ansonst ausdrücklich eine Interpretation gegeben, oder aber andere Ausdrücke gebraucht hätte. In beiden Paragraphen ist daher unter Zusicherung nur die vertragsmäßige zu verstehen. Denn:

Nach § 305 ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. — Daß infolge der Zusicherung zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis entsteht, d. h. (nach § 241) eine rechtlich geregelte Beziehung, kraft deren der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern, ist klar und im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen [1]). — Der § 305 spricht also mit anderen Worten in positiver Fassung den Grundsatz aus, daß durch das einseitige, nicht angenommene Versprechen, eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Es mag zugegeben werden, daß das ältere deutsche Recht, Obligationen aus einseitigen Versprechungen gekannt hat, dem römischen Recht waren sie im a l l g e m e i n e n fremd. Das Prinzip des römischen Rechts beherrschte auch das gemeine Recht mit zwei Ausnahmen, nämlich hinsichtlich der Auslobung und der Schuldverschreibung auf den Inhaber, denen sich im B.G.B. eine dritte zugesellte, die im § 82 aufgeführt ist. Diese drei erwähnten Fälle sind die einzigen, die das B.G.B. als Ausnahmen vom Prinzip des § 305 kennt. Die nähere Begründung, weshalb hier aus einseitigem Willensakt

1) cf. § 459 ff., 463, 480.

eine Verbindlichkeit entsteht, kann erspart bleiben, da dies fast einstimmige Ansicht von Theorie und Praxis ist[1]). Für Zusicherungen schreibt das Gesetz keine Ausnahmen vor, insbesondere auch nicht, wie bereits oben angedeutet, im § 459 II.

Vielleicht aber sprechen Geist und Sinn des Rechts oder praktisches Bedürfnis gegen die Vertragsnatur der Zusicherung. Es muß also geprüft werden, ob man die genannten drei Ausnahmen für unsere Fälle etwa analog anwenden darf. Unter analoger Anwendung versteht man Auffindung und Durchführung des Prinzips oder, wie Ihering sagt, die Ablösung des seiner Natur nach Allgemeinen von seiner lokalen Erscheinungsform. Hier handelt es sich jedoch um andere Fälle, das Prinzip ist im § 305 festgelegt, sodaß also gerade die Ausnahme zur analogen Anwendung herangezogen werden muß. Dazu wäre aber ein doppeltes nötig:

1. daß Ausnahmen überhaupt der Analogie fähig und
2. wenn man dies bejaht, daß dann die allgemeinen Voraussetzungen für analoge Anwendung gegeben wären.

Die sich hieran im gemeinen Recht anschließende Streitfrage wegen des Satzes: „singularia non sunt extendenda" ist für das B.G.B. bedeutungslos geworden, da hier richtiger Ansicht nach auch Ausnahmen analoger Anwendung fähig sind. Selbstverständlich nur unter denselben Voraussetzungen, die auch sonst bei Analogie vorliegen müssen, d. h. es muß sich um nur unwesentlich abweichende, in diesem Sinne wesensähnliche Fälle handeln.

Prüfen wir also zunächst, welcher Grundgedanke den zitierten Ausnahmen zugrunde liegt: Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden als solches ist als eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung verbindlich, weil das Gegenteil vom praktischen Gesichtspunkt aus betrachtet, äußerst untunlich wäre, da es an einer dazu befugten Person

1) Näheres siehe übrigens in den Kommentaren und Lehrbüchern zum B.G.B, bei §§ 82, 657 und 784.

fehlt, die das Versprechen annehmen könnte. Auch bei der Auslobung liegt der Grund der Verpflichtung des Auslobenden in der verbindlichen Kraft des einseitigen öffentlichen Versprechens, ohne daß es einer Annahme desselben bedürfte oder eine solche überhaupt in Betracht käme, die ja zunächst nicht einmal möglich wäre, weil ein bestimmter Gegenkontrahent fehlt; denn die Gesamtheit, an die das Versprechen gerichtet ist, kann nicht als bestimmter Gegenkontrahent aufgefasst werden. Bei der dritten Ausnahme, die das Gesetz von § 305 gemacht hat, bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es mit Rücksicht auf die rechtliche Natur des Instituts und die Verkehrsfähigkeit erforderlich, eine Verpflichtung schon auf Grund einseitiger Willensäußerung entstehen zu lassen. Wir sehen also, daß die Ausnahmen von § 305 geschaffen sind, weil in diesen Fällen dessen Anwendung praktisch untunlich ist oder aber die Verkehrssicherheit die Wirksamkeit des Versprechens auch ohne Annahme erheischt. Ähnliche Gründe liegen aber bei der Zusicherung nicht vor; hier ist in dem Käufer stets eine bestimmte Person, die annehmen kann, vorhanden. Auch der für die dritte Ausnahme ausschlaggebende Grund, die Verkehrssicherheit und Notwendigkeit freier Beweglichkeit bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber (hier muß jeder Inhaber die Leistung auch dann fordern können, wenn ein Begebungsvertrag nicht vorliegt, § 794 I) trifft bei der Zusicherung nicht zu.

Da es also an der für die Analogie erforderlichen Wesensverwandtheit oder Ähnlichkeit fehlt, bleibt die in § 305 aufgestellte Regel auch für die Zusicherung bestehen, d. h. letztere muß vertragsmäßig erfolgen.

Aber auch Billigkeit und praktisches Bedürfnis verlangen dies. Denn die im § 463 S. 1 ausgesprochene Haftung auf Schadensersatz, die ohne Rücksicht auf irgend welches Verschulden des Verkäufers begründet ist[1]), kann doch nur ge-

1) Satz 2 des § 463: Arglist ist, wie bereits bemerkt, hier auszuschalten.

billigt werden, wenn der Verkäufer sich vertragsmäßig verpflichtet hat, für die Richtigkeit seiner Zusage einstehen zu wollen. Ich sehe nicht ein, weshalb dann der Käufer, wie behauptet worden ist, unbilligerweise schlecht gestellt wäre; das Gegenteil wäre sogar vielfach der Fall. Wenn Julius [1]) meint, ein solcher Vertrag könne aus mancherlei Gründen hinfällig sein, weil versehentlich der Käufer anstatt seiner Zustimmung seine Nichteinwilligung erklärt habe, so möchte ich darauf hinweisen, daß dies gewiß zuweilen vorkommen kann, daß es aber keine Besonderheit ist, die etwa bei anderen Erklärungen nicht vorkommen könnte. Auch hier gilt der Satz: Caveat emptor. Ich sehe nicht ein, weshalb man dem Käufer so sehr entgegenkommen will, oder soll dies etwa auch für den Verkäufer gelten! Dann scheint mir die gegnerische Ansicht aber erst recht bedenklich. Auch bei einseitigen Angaben ist der Käufer, wie ich unten im zweiten Abschnitt nachzuweisen versuchen werde, nicht völlig schutzlos.

Mainz [2]) folgert die Vertragsnatur der Zusicherung aus einem anderen Grund: die Haftung des § 463, so führt er aus, beruht auf dem Währschaftsrecht, auf dem Kaufvertrag als solchem; der Anspruch des Käufers stellt sich dar als eines der den Käufer schützenden Rechte und wird wegen Nichterfüllung (teilweise NE., insoweit die Zusicherung fehlt, mangelhafte Erfüllung, cf. unten S. 53) des Kaufvertrags gewährt. Das Fehlen der Eigenschaft ist somit gleichzeitig eine Verletzung des Vertrags, sodaß es daher nur folgerichtig erscheint, wenn man die Zusicherung auf Grund eines Vertrags entstehen läßt. Diese Konstruktion scheint mir, ohne daß auf ihre innere Richtigkeit, namentlich bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen NE. näher eingegangen werden soll, nach obiger Ausführung überflüssig und auch nicht besonders einleuchtend. Im Ergebnis bringt sie freilich dasselbe.

1) S. 9.
2) a. a. O.

Auch das R.G. steht grundsätzlich auf unserem Standpunkt; wiederholt hat es, ja fast immer mit demselben Wortlaut, entschieden, daß man in der Annahme einer Zusicherung vorsichtig sein und unter allen Umständen als Erfordernis das Vorhandensein eines diesbezüglichen Vertrags aufstellen müsse.

Hiernach gehört zum Wesen der Zusicherung, daß sie bei den Parteivereinbarungen auf Seiten des Verkäufers zum Ausdruck gekommen, und daß diese den Verkäufer verpflichtende Tatsache zugleich als den Käufer berechtigende angenommen sein muß[1]). Es muß unter den Parteien Willenseinigung darüber bestehen, daß das Versprechen und Einstehen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden solle oder m. a. W.: Es muß zum Ausdruck gebracht werden, daß die den Vertragsschließenden obliegende Leistung nur dann als g e h ö r i g e Vertragserfüllung gelten soll, wenn die geleistete Sache die zugesicherte Eigenschaft auch wirklich hat. Der Verkäufer muß also dem Käufer gegenüber den Willen äußern, gerade für die vom Käufer verlangte Eigenschaft, d. h. für deren Vorhandensein bezw. Nichtvorhandensein einzustehen. Er muß bewußt und gewollt die Zusicherung als vertragsmäßige abgegeben haben[2]).

Eine vertragsmäßige Zusicherung liegt daher n i c h t vor, wenn die Parteien übereinstimmend eine bestimmte Eigenschaft bei dem Kaufobjekt nur voraussetzten, selbst wenn sie diese Voraussetzung auch zum Ausdruck kommen ließen, da das Haftungsbewußtsein oder der Wille, hierfür einzustehen, nicht vorhanden ist. Es verkauft z. B. A dem B einen Zuchtbullen. In dem Ausdruck „Zuchtbullen" liegt an sich nur eine tatsächliche Behauptung. Beide Parteien setzen voraus, daß das Tier

---

1) Es ist klar, daß die Z. bei einer Mehrheit von Verkäufern von allen ausgehen und bei mehreren Käufern von allen angenommen werden muß (so auch R.G. in Zbl.F.G. 5, 623.

2) Der Schadensersatzpflicht selbst braucht er sich m. E. nicht bewußt zu sein; cf. Näheres R.G. 51, 283.

zur Zucht geeignet ist. Der Verkäufer äußert schlechthin seine innere Ueberzeugung von der Wahrheit des von ihm behaupteten, er wird hierdurch nach § 463 keineswegs verpflichtet; anders wäre es natürlich, wenn ihm bei dieser Angabe ein Verschulden [1]) zur Last fallen würde.

Nach diesen Erörterungen kann es nicht besonders schwer fallen, eine Zusicherung als solche sofort zu erkennen. Der römisch-rechtliche Grundsatz: Ea autem sola promissa admittenda sunt quae sic dicuntur ut praestentur, non ut pactentur hat auch jetzt noch in gewissem Sinn seine Bedeutung [2]).

§ 3.

Das Verhältnis der Zusicherung zum typischen Kaufvertrag und ihre Form.

I. Es wurde im vorigen Paragraphen nachgewiesen, daß die Zusicherung vertragsmäßig erfolgen müsse. Im Anschluß daran ist zu prüfen, ob sie sich darstellt als selbständiger Nebenvertrag, der nur gelegentlich des eigentlichen Kaufvertrags geschlossen wurde, oder ob sie als Vertrag mit diesem zusammen ein einheitliches Ganze bildet.

Ersteres liegt offenbar nicht vor. Denn zweifellos besteht ein viel engeres Verhältnis zwischen Zusicherung und Kaufvertrag. Es kann also nur die zweite Möglichkeit in Betracht kommen, daß nämlich beide Verträge als einheitliches Ganze erscheinen. Vertragsverbindungen können nun als ein einheitliches Ganze erscheinen, sowohl in der Gestalt von Kombinationsverträgen, d. h. Vertragsverbindungen, bei denen der eine Kontrahent sich zu mehreren Hauptleistungen, die verschiedenen Vertragstypen angehören, verpflichtet, während der andere nur zu einer einheitlichen Gegenleistung verpflichtet wird, als auch in Gestalt von Verträgen mit untergeordneten andersartigen Leistungen, bei denen es sich um einen typi-

1) cf. weiter unten im II. Abschnitt.
2) D. 19, 1; 19, 3.

schen Grundvertrag handelt, der neben der Hauptleistung noch zu einer andersartigen ihr untergeordneten Nebenleistung verpflichtet[1]). M. E. kommt bei der Zusicherung diese letzte Art von Zusammengehörigkeit in Frage. Ein Beispiel diene zur Veranschaulichung: „Der Verkäufer sichert dem Käufer z. B. Trächtigkeit des verkauften Zugtieres zu." Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, ist doch, wenigstens im Normalfall, die hauptsächlichste aus diesem Kaufvertrag resultierende Verpflichtung die, das Zugtier zu übergeben und das Eigentum an ihm dem Käufer zu verschaffen gegen Leistung des Kaufpreises. Daneben tritt in concreto die Verpflichtung, für eventuelle Nichtträchtigkeit nach Maßgabe von § 463 Schadensersatz zu leisten. Diese Verpflichtung ist gegenüber der Hauptverpflichtung, vom ökonomischen Standpunkt aus betrachtet, das untergeordnete. Der typische Kaufvertrag als solcher begründet zweifellos nicht die Schadenshaftung, sie beruht vielmehr nur auf der dem Hauptzweck des ganzen Rechtsgeschäfts untergeordneten, besonderen Vereinbarung. Bei näherer Betrachtung sieht man auch, daß gleichwohl die angedeutete unmittelbare enge Beziehung zwischen dem Zusicherungsvertrag und dem typischen Vertrag besteht. Die Folge davon ist, daß, falls kein gültiger Kaufvertrag besteht, auch eine Zusicherung nicht möglich ist, nicht aber umgekehrt notwendig für den Fall der Nichtigkeit der Zusicherung bei Gültigkeit des Kaufvertrages[2]). Es folgt dies aus allgemeinen Gesichtspunkten, insbesondere auch aus der Zusammengehörigkeit und dem Abhängigkeitsverhältnis der beiden Verträge, insbesondere aber auch aus § 139, da es sich hier um Teile eines ganzen Rechtsgeschäfts handelt. Das hindert nicht, daß die Zusicherung mitunter auch nach dem Abschluß des Kaufvertrags gültig abgegeben werden kann, denn insoweit steht sie

1) Die Lehre von derartigen Vertragsverbindungen ist noch in ihren Anfängen begriffen und abgesehen von einzelnen Diss. oft nur bei Einzelfragen erörtert.

2) Enneccerus I, 2. Anm. zu § 323 und die dort cit.

infolge ihrer bereits nachgewiesenen Vertragsnatur auf eigenen Füßen, nur entsteht das einheitliche Vertragsgebilde erst mit dem Entstehen der Zusicherung. Der Fall, daß die Zusicherung vor Abschluß des eigentlichen Vertrags gegeben wird, ist von allgemeinen Gesichtspunkten aus zu betrachten und m. E. nach den Umständen des Falls zu beurteilen [1]). Gerade aus der erheblichen Bedeutung der Zusicherung rechtfertigt sich die Entstehung eines im gewissen Sinne selbständigen und andererseits wieder untergeordneten Vertragsgebildes.

Es erscheint daher begründet, wenn wir annehmen, daß die Zusicherung ein Nebenvertrag in dem Sinne ist, daß sie mit dem Kauf unter ein gemeinsames höheres einheitliches Gebilde, ein Rechtsgeschäft im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit fällt, sodaß der Zusicherungsvertrag sich darstellt als untrennbarer Bestandteil des Veräußerungsvertrags (selbstverständlich nicht umgekehrt).

Wir befinden uns mit unserer Auffassung nicht etwa im Widerspruch zur herrschenden Lehre, soweit sie überhaupt hierzu Stellung genommen hat. Das Reichsgericht, das häufig von der Zusicherung als Teil der Kaufberedung, Bestandteil des Hauptvertrags, des Veräußerungsvertrags redet, ist dem nicht entgegen; es hat sich b e w u ß t jedenfalls nicht gegen unsere Auffassung geäußert. Auch wir geben dem Reichsgericht recht, wenn es erklärt, die Zusicherung sei nicht Gegenstand eines selbständigen Nebenvertrags, „selbständig" allerdings aufgefaßt in dem eben dargelegten Sinne. An einer anderen Stelle sagt das Reichsgericht ausdrücklich, daß die Zusicherung Bestandteil des über das Grundstück (d. h. die Hauptsache) abgeschlossenen Kaufvertrags sei [2]). Auch die Örtmannsche Auffassung [3]), die Zusicherung sei jedenfalls Bestandteil des Kaufvertrags, wenngleich vielleicht nur ein Nebenbestandteil, spricht nicht gegen uns.

1) cf. aber unten S. 25.
2) R.G. 2, 3.
3) Oertmann p. 424.

II. Es sei der Vollständigkeit halber noch gestattet, auf einen anderen Zusammenhang der Zusicherung mit dem typischen Kaufvertrag hinzuweisen. Die Rechtsprechung hat sich verschiedentlich dahin geäußert, daß bei der Zusicherung außer den von uns aufgestellten Erfordernissen noch ein anderes Moment mitspielen müsse, nämlich die sogenannte Kausalität[1]). Auch Örtmann, Staub u. A. haben sich dieser Ansicht angeschlossen. Man sagt: Zum Wesen der Zusicherung gehöre, daß sie den Käufer zum Abschluß des Vertrags überhaupt, oder doch zur Zahlung eines s o l c h e n Kaufpreises veranlaßt habe, sodaß sich also der Verkäufer der Haftung auf Schadensersatz entledigen könne, wenn er den Nachweis führt, daß der Käufer keinen Wert auf das Vorhandensein der z. E. lege. Dies scheint mir jedoch in mancher Hinsicht sehr bedenklich. Schon die letzte Folgerung wäre eine unbillige Benachteiligung des Käufers, der doch nur die ausdrückliche Willensübereinstimmung hinsichtlich der Zusicherung nachzuweisen hat. Ein weiteres Erfordernis stellt § 305 nicht auf. Wie kann man da dem Verkäufer gestatten, sich durch den Nachweis, daß der Käufer keinen Wert auf die Zusicherung gelegt habe, von der Haftung zu befreien! Die Folge davon wäre, daß der Verkäufer aus dem notwendigen Bedürfnis des Käufers u. U. einen übergroßen Nutzen zöge. Vielfach wird z. B. der Käufer der Zusicherung, gegenüber der Lieferung, keinen besonders großen Wert beilegen. Ihm kommt es in erster Linie auf die Hauptsache an. Er würde denselben Preis zahlen, wenn die zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden wäre, da er eben die Sache selbst notwendig braucht[2]). Gewiß möchte auch ich trotz der Versicherung des Verkäufers, die Sache habe eine bestimmte Eigenschaft, eine Zusicherung nicht annehmen, wenn der Käufer selbst erklärt, er lege keinen Wert auf die Zusicherung, es sei ihm diese völlig gleichgültig. Dann scheint

---

1) R.G. 52, 1; 54, 219; D.J.Z. 03, 31 No. 4; O.L.G. 9, 2.
2) cf. hierzu und das folgende: Wetzel p. 35 ff.

mir aber der Grund hierfür nicht darin zu liegen, daß die Versicherung den Käufer nicht zum Vertragsabschluß bestimmt hat (der soll übrigens erfolgt sein), sondern darin, daß eine vertragsmäßige Zusicherung nicht erfolgt ist. Ist aber vertragsmäßige Zusicherung erfolgt, dann haftet der Verkäufer, wenngleich der Käufer gar keinen Wert auf das Vorhandensein der z. E. gelegt hat. Worauf stützen nun die Gegner, insbesondere das Reichsgericht, ihre Ansicht? In den meisten Fällen scheint mir allerdings das Erfordernis der Kausalität mehr deshalb aufgestellt zu sein, um einen Unterschied gegenüber den Anpreisungen und Angaben zu konstatieren, der jedoch in ganz anderen Momenten zu finden ist. Das Reichsgericht beruft sich auf die Verwandtschaft unseres Falles mit § 119. Diese ist insbesondere auch von Blume eingehend nachgewiesen worden [1]). Aber gerade § 119 (und § 123) sprechen für unsere Ansicht. Bei Irrtum wird Kausalität verlangt. Deshalb ist es ausdrücklich in den betreffenden Paragraphen erwähnt, bei der Zusicherung findet sich ein solcher Vermerk nicht, sonach ist hier Kausalität kein Erfordernis. Hieraus folgt also, daß wir auf das Interesse, das der Käufer beim Abschluß des Vertrags an der Zusicherung hat, im allgemeinen nicht Rücksicht zu nehmen haben [2]). Es soll jedoch nicht verkannt werden, daß die Kausalität unter Umständen ein gewichtiges Symptom für Ernstlichkeit und Vertragsnatur sein kann. Unter keinen Umständen aber ist sie notwendig.

III. Auch von unserem Standpunkte (cf I) aus rechtfertigt es sich, wenn wir behaupten, daß die Zusicherung von der für den eigentlichen Kaufvertrag notwendigen Form ergriffen werden müsse. Es ist hierbei an alle die Fälle gedacht, wo für den obligatorischen Vertrag kraft positiver gesetzlicher Bestimmung eine bestimmte Form (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) vorgeschrieben ist. Ich möchte dieses aber

1) Jh.J. 55. 213; cf. hierzu auch Civ. A. 102, 283.
2) cf. hierzu unten S. 48.

auch annehmen für formlose Zusicherung neben der freiwillig gewählten Form, wenngleich es hier, wie Schröder[1]) u. A. richtig erkennen, mehr auf die Lage des Einzelfalls ankommt. — Es soll hierbei freilich nicht verkannt werden, daß bei einem Vertrag, den die Parteien aus freien Stücken schriftlich abgefaßt haben, auch mündliche Nebenabreden volle Gültigkeit haben, es sei denn, daß die Vertragsschließenden der Meinung waren, der formalisierte Teil des Kaufs sei das ganze Rechtsgeschäft. Denn dann haben sie eben, bewußt oder unbewußt, die nicht formalisierte Bestimmung fallen gelassen. — Die Frage nach der Formbedürftigkeit der Zusicherung wird, da der Kauf über bewegliche Sachen niemals gesetzlicher Form bedarf, nur bei Veräußerung von Grundstücken von Bedeutung. Den Ausgangspunkt bildet also § 313.

Ich folgere aus dem Wort „Vertrag" und dem im Satz 2 gebrauchten Ausdruck „seinem ganzen Inhalte nach", sowie der Grundidee und wirtschaftlichen Tendenz des Paragraphen, daß die Form sich auf den ganzen Inhalt des Vertrags erstrecken muß, nicht nur auf den einzelnen, auf die Eigentumsübertragung gerichteten Bestandteil desselben. Der ganze Veräußerungsvertrag, so wie er von den Parteien gewollt, wie er sich nach deren Willen zusammensetzen soll, kurz: die Gesamtheit der für die Wirkung des Geschäfts maßgebenden Willensäußerung der Parteien mit Einschluß selbst der unwichtigsten Nebenbestimmungen ist formbedürftig, sodaß also auch die Zusicherung als Bestandteil des übergeordneten „Vertrags" der Form des § 313 nicht entbehren kann[2]). Außerdem wäre es unbillig und inkonsequent, wenn man nur die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung im Grundstücksverkehr an eine bestimmte Form binden würde, die Zusicherung selbst aber auch formfrei gültig sein ließe. Die schriftliche Fixierung soll bezwecken

1) p. 80 Anm. 4; cf. Cosack, V. Aufl. p. 190, insbes. 218, 226.

2) Erwähnt werden soll hier der Vollständigkeit halber noch, daß m. E. ein stillschweigender Verzicht auf die Formvorschrift ebensowenig wie ein ausdrücklicher zulässig ist.

aus der Menge der vielen beim Kauf gepflogenen Verhandlungen, aus dem vielen Reden das Vereinbarte und Gewollte herauszuschälen und festzustellen; so auch der Standpunkt der h. M.

Es fragt sich, welche Wirkung hat es, wenn die sonst gültige Zusicherung nicht der vorgeschriebenen Form teilhaftig ist. Ich bin der Ansicht, daß eine derartige Zusicherung nichtig ist, selbst dann, wenn sie als zur Zeit des Vertragsschlusses als von den Parteien gewollt und beabsichtigt erwiesen ist. Dasselbe gilt auch von Zusicherungen, die formlos vor oder nach dem formgerecht abgeschlossenen Kaufvertrag getroffen wurden [1]). Daß die Heranziehung solcher mündlich getroffener Vereinbarungen wohl zur Auslegung des formellen Vertrags zulässig ist, soll nicht bestritten werden und wird auch von der Rechtsprechung [2]) ausdrücklich anerkannt.

Inwieweit überhaupt die Nichtigkeit der Zusicherung die Gültigkeit des Kaufvertrags beeinflußt, hängt, wie schon angedeutet, von § 139 ab. Die darin enthaltene Regel geht im Prinzip davon aus, daß das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, auch wenn die Gründe, auf denen die Nichtigkeit beruht, nur einen Teil des Geschäfts treffen. Nur wenn anzunehmen ist, daß die Vertragsschließenden den Teil des Vertrags, der an und für sich nicht von dem Nichtigkeitsgrund betroffen ist, auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten, bleibt jener Teil, d. h. die Zusicherung gültig [3]).

Nach § 313 S. 2 ist jedoch durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch Heilung der Nichtigkeit möglich. Dabei unterscheide ich zwei Fälle: 1. beide, Kaufvertrag und Zusicherung, entbehren der vorgeschriebenen Form, 2. der eigentliche Kaufvertrag ist formgerecht abgeschlossen, dagegen nicht die Zusicherung. Nach dem Wortlaut des cit. § wird der Ver-

1) cf. hier auch § 125.
2) Seuff. A. 59, 92; O.L.G. 6, 228; D.J.Z. 04, 506; Recht 06, 179.
3) R.G. 56, 313; 59, 174; 62, 186.

trag seinem ganzen Inhalte nach gültig, überhaupt ist es, wie Enneccerus [1]) sagt, so anzusehen, als wäre der Vertrag nach den Grundsätzen der Bestätigung von vornherein gültig gewesen. Im ersten Falle möchte ich nun annehmen, daß regelmäßig die formlose Zusicherung nunmehr mit dem übrigen Kaufvertrag ebenfalls gültig wird. In dem zweiten Falle dagegen möchte ich nur dann nachträgliche Konvaleszenz eintreten lassen, wenn der auf die Zusicherung gerichtete Wille der Parteien nach ihrer bewiesenen Behauptung oder nach den Umständen des Falles noch fortbesteht. Die Frage, ob und wie in den Fällen, in denen die sonst gültige Zusicherung der vorgeschriebenen Form ermangelt und Konvaleszenz nicht eintritt, doch zuweilen nach Treu und Glauben dem Käufer Schutz gewährt werden muß, soll unten im zweiten Abschnitt näher behandelt werden.

§ 4.

Eine stillschweigende Zusicherung reicht nicht aus.

Zu der Vertragsnatur der Zusicherung gehört es, daß sie wie jeder andere Vertrag, aus Antrag und Annahme resultiert. Solche Willenserklärungen können ausdrücklich erfolgen durch die zum Zweck der Erklärung gebrauchten Worte. Daneben ist aber auch zu prüfen, ob nicht noch andere verkehrsübliche oder verabredete Erklärungszeichen (Nicken, Handschlag etc.) oder u. U. das gesamte übrige Verhalten, insbesondere auch das Schweigen, als Erklärungsmittel dienen können. Diese Frage ist im allgemeinen für formfreie Willenserklärungen zu bejahen [2]).

Was aber die Annahme einer stillschweigenden Zusicherung anlangt, so möchte ich hier aus folgenden Gründen anderer Ansicht sein: Das Gesetz selbst hält m. E. im allgemeinen eine stillschweigende Zusicherung nicht für genügend,

1) Enneccerus I, 2, p. 70.
2) Enneccerus I, 1, p. 359.

nur im Falle des § 494 sieht es die Eigenschaften der Probe oder des Musters, ohne dass der Beweis einer Zusicherung besonders erbracht wird, als zugesichert an, obwohl eine solche Zusicherung nicht ausdrücklich erfolgt ist, sondern nur aus dem Umstand, daß es sich um eine Probe oder ein Muster handelt, stillschweigend hervorgeht. Würde das Gesetz grundsätzlich eine stillschweigende Zusicherung anerkennen, so hätte es einer besonderen Vorschrift für die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf nach Probe nicht bedurft. Aber auch ganz abgesehen davon, kann ich nicht der Ansicht Örtmanns [1]) und Schloßmanns [2]) folgen. Die Konsequenz, die aus der Örtmannschen Auffassung zu ziehen ist, würde m. E. zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Eine große Unsicherheit des Verkehrs wäre die Folge, „wenn man unter Umständen aus dem gesamten Verhalten der Parteien, insbesondere dem des Verkäufers auf die Anzapfungen ds Käufers eine Zusicherung ableiten dürfte“ [3]). Auch wäre eine Unterscheidung der zugesicherten Eigenschaft von dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch kaum möglich. Wann sollte da überhaupt eine Zusicherung vorliegen, bezw. nicht vorhanden sein! Eine Abgrenzung nach der einen oder anderen Seite hin wäre kaum möglich. Die von Örtmann angegebenen Beispiele zeigen zur Genüge, daß sein Standpunkt zu einem praktisch unhaltbaren Ergebnis führt. Auch die Gründe, die Schloßmann gegen uns anführt, können mich von der Richtigkeit seiner Behauptung nicht überzeugen. Er gibt selbst zu, daß sein Standpunkt unmittelbar im Gesetz keinen Rückhalt finde, indem er sagt, daß seine Entscheidung auf der Anwendung eines anderen „im Gesetz nicht ausgesprochenen Rechtssatzes“ beruhe. Man wird nun vielleicht einwenden, eine stillschweigende Zusicherung wird stets dann vorliegen, wenn das Fehlen der-

1) a. a. O. und p. 53.

2) Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach B.G.B., Jena 03.

3) Crome im Recht 02, 333.

selben einen erheblichen Mangel der Kaufsache darstellt; — aber dann treffen ja die Voraussetzungen des § 459 zu, der dem Käufer regelmäßig in genügender Weise Schutz gewährt. Ihm aber in allen derartigen Fällen auch den Anspruch auf Schadensersatz zu geben, würde mitunter zu großen Unbilligkeiten führen. Es wäre ungerecht und unbillig, diese Haftung lediglich von der objektiven Schwere des Mangels ohne Rücksicht auf Verschulden, abhängig zu machen. Schränkt man aber die Haftung auf solche erhebliche Mängel ein, die die Sache unbrauchbar machen, so ist dies nicht nur inkonsequent, sondern auch erst recht gefährlich. Inkonsequent insofern, als man von dem allgemein anerkannten Grundsatz abweicht, nach dem bei Zusicherung auch bei Unerheblichkeit gehaftet wird, besonders gefährlich aber, weil häufig gerade die allerschwersten Mängel die größten Schäden hervorrufen. Das Einstehen für Schadensersatz wäre eine bloße Zufallshaftung, und mit Recht nennt Leonhard es „eine grobe Ungerechtigkeit, wenn der Verkäufer den Schaden aus Mängeln ersetzen soll, die er trotz aller Sorgfalt nicht entdecken konnte." Wohl kann die Erheblichkeit des Mangels für das Verschulden des Verkäufers einen Maßstab bilden, aber auch dies nur mit der Einschränkung, daß die Untersuchung der Ware nicht allzu schwierig ist, da in diesem Fall von Verletzung der Sorgfaltspflicht nicht die Rede sein könnte. Des weiteren kann die Erheblichkeit unter Umständen auch für den Umfang der Schadensersatzpflicht in Betracht kommen [1]). Die gegenteilige Auffassung entspricht auch nicht etwa dem Parteiwillen. Wenn wir davon ausgehen, daß dem Verkäufer infolge seiner zusichernden Erklärung die strengere Schadensersatzhaftung trifft, wodurch die ohnehin schon günstige Situation des Käufers noch verbessert wird, so erscheint es doch praktisch, wenn wir dem Verkäufer nicht noch mehr Pflichten auferlegen, die freiwillig zu übernehmen er keine Lust verspüren wird [2]). Ge-

1) cf. Leonhard, Haftung, S. 34.
2) cf. Leonhard, Verschulden, S. 35.

wiß, dem Käufer mag das allerdings in vielen Fällen nur erwünscht sein, ausschlaggebend ist aber der Wille b e i d e r Kontrahenten. Manche Schriftsteller u. A. auch Staudinger [1]), vertreten deshalb eine mittlere Ansicht, indem sie zwischen Abgabeerklärung des Verkäufers und Annahmeerklärung des Käufers unterscheiden und bei der ersteren stillschweigende Erklärung als unverbindlich, bei der letzteren dagegen als zulässig erachten. Ich kann mich auch dieser Ansicht, die gewiß manches für sich hat, nicht anschließen. Denn mit dieser Auffassung läßt man praktisch die Vertragsnatur der Zusicherung fallen und charakterisiert sie im Endergebnis als einseitige Willenserklärung, was jedoch, wie wir oben (§ 2) nachgewiesen haben, verfehlt ist. Wir haben oben gesehen, daß nicht einmal jede ausdrückliche Zusicherung nach § 463 verpflichtet, und da sollte die stillschweigend erfolgte Zusicherung dem Zweck des Vertrags entsprechend bindende Wirkung haben!

Der Ansicht Wetzels [2]), wonach sowohl die Abgabeerklärung des Verkäufers als auch die Annahmeerklärung des Käufers aus den Umständen stillschweigend gefolgert werden kann, ist daher nicht beizutreten. Auch Wetzel selbst erkennt, wenigstens was die Abgabe des Verkäufers anlangt, die Möglichkeit an, daß sich mitunter große Härten aus seiner Auffassung ergeben können und empfiehlt demgemäß für die Annahme einer stillschweigenden Zusicherung bedeutende Zurückhaltung. Im übrigen ist auch er mit den Gegnern genötigt, hier die Zusicherung verschieden zu behandeln, je nachdem sie formlos oder formell erfolgen muß, eine Unterscheidung, die ich durch nichts gerechtfertigt finde. Auch die anderen Gegner fühlen, daß sie mit ihrer Ansicht zuweilen auf schwankendem Boden stehen, denn sie alle können nicht genug zur Vorsicht bei der Annahme stillschweigender Zusicherung mahnen. So sagt z. B. Stölzle [3]), daß stillschweigende Vereinbarung (Zusicherung)

1) II, 1, p. 620.
2) p. 24 f.
3) Viehkauf, p. 22.

nur ganz ausnahmsweise, nach behutsamer Prüfung der ganzen Sachlage anzunehmen wäre, wenn nämlich die Umstände des Einzelfalles absolut zur Annahme einer solchen Vereinbarung zwingen würden.

Es ist klar, daß die gegnerische Ansicht sich hauptsächlich darauf stützt, in gewissen Fällen mit der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung eine im praktischen Leben zuweilen an den Tag tretende Lücke auszufüllen, die auch wir bisweilen anerkennen, aber auf andere Weise ausfüllen werden [1]). So hat Krückmann [2]) völlig recht, wenn er die stillschweigende Zusicherung nur eine Verlegenheitsauskunft nennt, die dem wahren Sachverhalt nicht entspricht.

Wir haben oben angedeutet, daß bei der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung der Unterschied zwischen Absatz I und II des § 459 völlig verwischt würde. Eine Unterscheidung zwischen Zusicherung und vertragsmäßig vorausgesetztem Gebrauch besteht aber, da sowohl in den Voraussetzungen als auch besonders in den Wirkungen eine erhebliche Abweichung zutage tritt. Ist nämlich die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs mit einem Fehler behaftet, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorauszusetzenden Gebrauch aufhebt oder erheblich mindert, so kann der Käufer nur Wandelung oder Minderung verlangen, entspricht aber der Kaufgegenstand nicht der vom Verkäufer gemachten Zusicherung, so hat der Käufer statt der genannten Ansprüche noch das Recht „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", d. h. Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses, zu verlangen. Zwischen beiden Ansprüchen besteht aber ein bedeutender Unterschied! Dieser geht weiter nicht nur aus der verschiedenen Bezeichnung hervor, sondern auch rein äußerlich kommt diese Auffassung im Gesetz zum Ausdruck darin, daß beide Begriffe in verschiedenen Absätzen des Paragraphen auf-

1) cf. unten II. Abschnitt.
2) Arch. für civ. Prax. 101 Anm. 129 a. E.

geführt sind. Auch rein sprachlich betrachtet muß die Zusicherung als ein fest umgrenzter, der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch aber als ein sehr dehnbarer Begriff erscheinen. Diese Ansicht vertritt auch Schröder[1]), wenn er sagt, durch die Aufnahme der Berücksichtigung des vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauchs erledige sich der Begriff der stillschweigend zugesicherten Eigenschaft, da unter Zusicherung nur das ausdrückliche Versprechen zu verstehen sei. Wenn z. B. A dem B eine Dampfdreschmaschine verkauft, so ist nach der Ansicht von Enneccerus[2]) meistens in einem solchen Fall Gebrauchstauglichkeit stillschweigend vereinbart (hier gleich zugesichert)[3]). Ich möchte hierin aber nur eine zum gewöhnlichen[4]) oder eventuell vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauch notwendige Eigenschaft sehen, bei deren Nichtvorhandensein Wandelung oder Minderung, nicht aber Schadensersatz verlangt werden kann. In der bloßen Bezeichnung des Kaufgegenstandes kann, wie schon angedeutet, unter keinen Umständen eine Zusicherung gefunden werden. Auch das Reichsgericht hat in der Bezeichnung Sèvres-Vase nicht die stillschweigende Zusicherung der Echtheit erblickt. Anders wäre es, wenn unter den übrigen, weiter oben dargelegten Voraussetzungen zum mindesten die Bezeichnung „echte Sèvres-Vase" gebraucht wäre, dann aber könnte auch von einer stillschweigenden Zusicherung nicht mehr die Rede sein. So müßte auch, wenn z. B. ein Jäger von einem Hundehändler einen „Jagdhund" kauft, schon in der bloßen Tatsache des Kaufs die stillschweigende Zusicherung, daß der Hund zum Apportieren tauglich wäre, erblickt werden. Dies scheint mir aber vielmehr ein typischer Fall für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch zu sein.

---

1) Gewährleistung bei Sachmängel, p. 19.

2) I, 2, p. 290 β.

3) Folgt m. E. aus dem Zusammenhang, in dem Enneccerus a. a. O. dies Beispiel erwähnt.

4) cf. hierzu den Schluß dieses §.

Daß unter gewöhnlichen Gebrauch der bei den durchschnittlichen Lebensverhältnissen, auf die es im Einzelfall ankommt, der allgemein bei Sachen solcher Art übliche Gebrauch zu verstehen ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Bei dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch kommen zu den für den gewöhnlichen Gebrauch noch die zu dem besonderen, d. h. im Vertrag angegebenen Gebrauch, erforderlichen Eigenschaften hinzu. Nach dem Vertrag vorausgesetzter Gebrauch liegt also vor, wenn die Kontrahenten vertragsmäßig (ausdrücklich oder auch stillschweigend, letzteres vielfach häufig) ausmachen, daß der Käufer von der Sache einen von dem herkömmlichen Gebrauch abweichenden macht[1]).

§ 5.

Unverbindliche Anpreisungen und Angaben.

Es erübrigt noch, auf die mit der Zusicherung verwandten Erscheinungen: Anpreisung und Angabe kurz hinzuweisen.

I. Unter Anpreisungen (bloßen Redereien) verstehe ich Erklärungen, die den Kaufgegenstand loben oder empfehlen, die also ein leichteres Zustandekommen des Vertrags bezwecken und vom Verkäufer in der Erwartung abgegeben werden, der Mangel des rechtsgeschäftlichen Bindungswillens werde nicht verkannt.

Die Anpreisungen haben, wie Kohler[2]) treffend bemerkt, nur den Zweck, den Abnehmer in Stimmung zu bringen und auf diese Weise suggestiv auf ihn einzuwirken. Solche Erklärungen waren schon den Römern bekannt (. . . quae ad nutam laudem servi pertinent) und aus dem gemeinen Recht sind sie in das bürgerliche übernommen worden. Ihre Existenz ist, soweit ich sehe, von allen Schriftstellern anerkannt.

---

1) cf. Staudinger 5/6 A, p. 615.
2) II, 1, p. 243.

Ebenso ist es überall, in Theorie und Praxis, einstimmige Ansicht, daß solche Redereien, z. B. „unzerreißbare Stiefel", nicht zum Schadensersatz verpflichten [1]). Worin liegt nun der Grund ihrer rechtlichen Bedeutungslosigkeit? Dieser ist m. E. nicht schwer su finden. Bei der von uns gegebenen Begriffsbestimmung fällt unwillkürlich die Verwandtschaft mit einem anderen Paragraphen des allgemeinen Teils, mit § 118, ins Auge. Unter diesen fallen nämlich nach Staudinger [2]) nicht nur Willenserklärungen, welche aus bloßer Höflichkeit oder aus Scherz etc. abgegeben werden, sondern auch die aus Prahlerei oder zu Zwecken der Reklame gemachten.

Ob nun solche nicht ernstlich gemeinten Erklärungen vorliegen, ist natürlich von Fall zu Fall zu entscheiden und unter Prüfung und Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände festzustellen. Anhaltspunkte hierfür liegen z. B. in der Verkehrsüblichkeit (die an den betr. Orten üblichen Redensarten)[3]), in der Allgemeinheit oder Unbestimmtheit der gebrauchten Ausdrücke (§ 1 d. A.). Was die in Katalogen, Prospekten oder Annoncen vor dem Beginn der Kaufverhandlungen mit den einzelnen Käufern lediglich der Gesamtheit, dem Publikum, gegenüber gemachten Anpreisungen anlangt, so ist ihre Rechtswirkung überhaupt nur zu prüfen, falls beim Abschluß des Vertrags in irgend einer Weise nochmals auf sie Bezug genommen wird [4]). Im übrigen gilt auch von ihnen das eingangs Gesagte. In manchen Fällen wird freilich die Unterscheidung nicht so sehr von der Zusicherung, als vielmehr von der im folgenden näher zu beschreibenden Gruppe von Erklärungen nicht ganz einfach sein, da die Grenzen doch immer etwas flüssig sind.

---

1) Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs oder § 826 bleibt hier außer Betracht.

2) I, 402 o.

3) cf. Stölzle, p. 299.

4) cf. des Näheren Wetzel S. 5 ff.

Aus diesen Angaben scheide ich zunächst diejenigen Erklärungen aus, die nach unserer Auffassung nicht als Zusicherungen aufgefaßt werden können, weil sie entweder der für diese notwendigen Vertragsnatur entbehren oder der erforderlichen Form nicht teilhaftig sind, Erklärungen, die man vielleicht praktisch mit dem Ausdruck Zusagen belegen könnte.

Eine nähere Umgrenzung des Wesens der dann noch verbleibenden Angaben erscheint notwendig.

Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Anpreisung liegt in der Ernstlichkeit der Erklärung, gegenüber der Zusicherung in der bei dieser notwendigen ausdrücklichen Garantieübernahme. Bei etwaigem Zweifel, ob Zusicherung oder Angabe vorliegt, wird man m. E. eher eine Angabe annehmen dürfen, da hier die Schadenshaftung nur bei Verschulden eintritt. Es fallen unter Angaben vor allen Dingen bloße urteilende Äußerungen des Verkäufers, die ohne Verpflichtungswillen gemacht, sich lediglich als Ausdruck innerer Überzeugung darstellen [1]). Der Verkäufer will lediglich aus Gefälligkeit, in zuvorkommender Weise, dem Käufer die Sache empfehlen oder ihm einen Rat geben. Er verkauft ihm z. B. seine ganze Bibliothek, wie sie sich äußerlich dem Käufer darstellt. Zweifellos hat der Käufer ein Interesse an der Anzahl der vorhandenen Bände und so macht ihm der Verkäufer mehr gesprächs- und schätzungsweise eine Angabe, daß soundsoviel Bände (circa) vorhanden wären. Vielfach macht der Veräußerer auch Angaben, bei denen der Vorbehalt der Unrichtigkeit deutlicher als in dem letzten Beispiel zutage tritt. Er erklärt z. B., soweit er wisse, sei das Pferd zugfest. Oft dient die Angabe auch nur zur näheren Bezeichnung des Kaufobjekts, wie in den vom Reichsgericht [2]) angeführten Fällen,

---

1) Ebenso Staudinger Anm. 4, IV, 1 zu § 459 und die dort cit.

2) Bolze, Praxis des R.G. VI, 215; Bd. 11, p. 201; cf. R.G. 20, 92.

wenn es sich z. B. um Saatgut oder Rapssamen handelt. In allen diesen Fällen werden der Kaufsache gewisse Eigenschaften beigelegt, ohne daß sie zugesichert werden. Es ist klar, daß man hier bei den Angaben zwischen verpflichtenden und nichtverpflichtenden unterscheiden muß. Worin das für diese Einteilung charakteristische Merkmal liegt, soll im zweiten Abschnitt dargestellt werden.

II. Abschnitt.

Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei leichtsinnigen Angaben.

§ 6.

Die Haftung im römischen Recht.

Zum Nachweis der von uns bereits verschiedentlich angedeuteten und in diesem Abschnitt näher darzulegenden Auffassung, die dem Käufer in Ergänzung des § 463 auch dann einen Schadensersatzanspruch gewähren will, wenn er in fahrlässiger Weise falsche Angaben macht, ist es notwendig, bevor auf die Gründe des heutigen Rechts, die unseren Standpunkt rechtfertigen sollen, eingegangen wird, die geschichtliche Entwicklung darzustellen. Es soll zunächst nachgewiesen werden, daß auch die Römer schon die von uns vertretene Auffassung teilten.

Die älteste Form des römischen Kaufs war die mancipatio (mancipium), jener unter ganz bestimmten Feierlichkeiten abgeschlossene Barkauf, wodurch trotz des vielleicht entgegenstehenden, bei Cicero und Festus zitierten XII Tafelnsatzes: uti lingua nuncupasset, ita ius esto, wie Bechmann [1]) einwandfrei nachgewiesen hat, nur ein bestimmter Kreis von Verpflichtungen des Verkäufers begründet wurde, die der Käufer mit der actio auctoritatis und der actio de modo agri geltend machen konnte.

1) Kauf nach dem gem. R. I. T. p. 367.

Es mag hier genügen, festzustellen, daß die von den Vertragsschließenden hinsichtlich der Eigenschaften der Kaufsache gemachten Zusicherungen nicht in diesen bestimmten Kreis fielen, sodaß also auch etwaige Ansprüche wegen Zusicherungen nicht mit den erwähnten Klagen geltend gemacht werden konnten.

Wenn die Römer von Zusage und Verabredungen beim Kaufvertrag reden, gebrauchen sie stets die Ausdrücke dicere oder promittere, zwei nach Inhalt und Folgen verschiedene Begriffe. Ulpian[1]) definiert: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissonem sive pollicitationem vel ad sponsum. Unter dicere verstand man, abgesehen natürlich von der allgemeinen Bedeutung „sagen, angeben, bestimmen", eine einseitige, an keine Form gebundene Erklärung des Verkäufers, die sowohl vor als auch nach[2]) dem Kaufabschluß gegeben werden konnte. Ursprünglich ist das dictum rechtlich irrelevant, seine Bedeutung ist lediglich eine moralische, deklarative, konstatierende, die ihrem Inhalt nach sowohl affirmativ wie negativ sein kann. Weit stärker ist die Bedeutung des promissum[3]). Schon in frühester Zeit verstand man darunter ein Versprechen des Verkäufers, dergestalt, daß er sich verpflichtete, unter allen Umständen für das Vorhandensein dessen, was er (in Stipulationsform) versprochen hatte, einzustehen. War ursprünglich der Käufer da-

1) D. 21, 1; 19, 2.

2) Durch diese Auffassung von der Natur der dicta wird sogleich der Standpunkt des Pandektisten Brinz widerlegt, der die später eingetretene verpflichtende Wirkung der dicta aus dem Rechte der pacta conventa ableiten will; denn dann hätten die dicta höchstens insoweit Rechtswirkung, als sie ex continenti subsecuta sunt. cf. hierzu und über das folgende insbes. Leonhard, Haftung, S. 25 ff.

3) Die Vieldeutigkeit des Ausdrucks soll nicht verkannt werden. Doch möchte ich unter promissum nur das formelle Versprechen verstehen. Soweit die dicta bloße Redereien bezeichnen, sollen sie hier außer Acht gelassen werden.

rauf angewiesen, die Sache zu untersuchen, um sich vor Schaden zu hüten oder das Vorhandensein der Eigenschaft sich stipulieren zu lassen, um dann mit der actio ex stipulatu beim Fehlen der Eigenschaft sein Interesse geltend zu machen, so trat doch bald, als die engherzige, nur einem einzigen wirtschaftlichen Zwecke dienende Mancipation sich von den steifen unbeweglichen Formen der Uranfänge römischer Rechtsentwicklung loslöste, und unter dem Einfluß der immer mehr erstarkenden Lehre von der bona fides zum Konsensualvertrag wurde, eine Wandlung hierin ein. Neben die Stipulationsklage trat die actio empti, mit der der Verkäufer schon in ziemlich früher Zeit häufig für seine dicta haftbar gemacht wurde [1]). Aus der ursprünglich irrelevanten, lediglich den Käufer anspornenden und anregenden Bedeutung des formlosen dictum erwuchs also schon früh in manchen Fällen eine Berechtigung für den Käufer. Es soll im folgenden kurz geprüft werden, auf welcher wissenschaftlichen Grundlage diese Schadenshaftung des Verkäufers, der eine formlose Zusage über die Beschaffenheit der Ware gemacht hat, aufgebaut ist und so das Fundament gefunden werden, auf dem auch für das heutige Recht weiterzubauen ist.

Wenn die herrschende Meinung die verpflichtende Kraft der formellen Zusage auf das garantierende Versprechen als solches zurückführt, so scheint mir das völlig mit Recht zu geschehen. Nicht kann ich aber gleichfalls mit der h. M. die Schadenshaftung für formlose Zusagen auf das Versprechen als solches zurückführen. Dieses konnte gar nicht solche Kraft haben. Ein Argument gegen die herrschende Ansicht ist bereits oben S. 37 Anm. 2 bei der Widerlegung des Stannpunktes von Brinz erwähnt worden, dem sich als weiteres die Auffassung Ulpians anreiht, der ein Zusammengehen der zivilrecht-

1) Eine wahlweise Geltendmachung der Ansprüche möchte ich für ausgeschlossen halten, da die aus einem Formalversprechen entspringende Verbindlichkeit lediglich mit der actio ex stipulatu geltend gemacht werden konnte.

lichen und ädilizischen Klagen nur in der Haftung für ein Formalversprechen sieht, woraus Leonhard[1]) mit Recht folgert, daß es nach Zivilrecht eine allgemeine Haftung für formlose Versprechen nicht gegeben hat. Im Anschluß an die Schadenshaftung wird von Sabinus und Ulpian[2]) die Frage erörtert, ob die mehr allgemein gehaltene und zum Teil ungenaue Fassung, sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, für den Verkäufer die erwähnte Verpflichtung begründen könnten. Hieraus erhellt m. E. zur Genüge, daß die römischen Juristen an das Versprechen eine bestimmte formale Anforderung stellten, m. a. W., daß das formlose Versprechen keine bindende Kraft hatte. Hätten die Römer die Verbindlichkeit des dictum auf das Versprechen als solches zurückgeführt, so wäre es doch zum mindesten sehr merkwürdig, weshalb sie dann, wenn der Verkäufer in arglistiger Weise das Vorhandensein einer Eigenschaft versprochen hat, die Haftung ausdrücklich auf den dolus[3]) zurückführen und nicht das bloße Versprechen als Verpflichtungsgrund anerkennen. Bechmann[4]) allerdings ist der entgegengesetzten Ansicht; der von ihm angeführte Grund, daß die Römer allmählich sich auch hinsichtlich des dictum von dem Formalismus freigemacht hätten, beweist aber die Richtigkeit unserer Behauptung, da hierbei zugegeben wird, daß ursprünglich, mindestens bis zu der Zeit, in der alle formlosen Verträge klagbar wurden, nur das formale Versprechen bindende Kraft hatte. Aber auch Bechmann führt die Haftung des Verkäufers m. E. nicht so sehr auf das Versprechen zurück, als vielmehr auf den Einfluß der bona fides[5]), weil der Verkäufer durch sein schuldhaftes Benehmen das sittlich redliche Verhalten verletzt habe. Es erübrigt sich

1) Haftung, p. 26, cf. auch Heymann, p. 111 ff.

2) D. 21, 2, 31.

3) qui dolo fecit D. 19, 1, 14, versatus in celanda servitute, D. 19, 1, 1, 1.

4) a. a. O. 663 II.

5) a. a. O. 662 ob. „kraft der bona fides".

nach dem Gesagten, näher auf die Bechmannsche Ansicht einzugehen [1]).

Immerhin wäre es aber möglich, daß dem formlosen Versprechen in späterer klassischer Zeit durch positiven Rechtssatz verbindliche Wirkung beigelegt worden sei. Wenn aber eine solche Vorschrift eingeführt worden wäre, dann müßte sie doch bei ihrer weittragenden Bedeutung irgendwo in den Quellen erwähnt sein. Da dies jedoch nicht der Fall ist, so wird die genannte Möglichkeit zur größten Unwahrscheinlichkeit. Daß die dicta, wie man vielleicht sagen wird, im gemeinen Recht mit der allgemeinen Klagbarkeit der pacta rechtliche Bedeutung erlangt hätten, wäre möglich, wenn nicht, wie bereits erwähnt, schon lange vor dieser Zeit der Verkäufer zuweilen für seine dicta hätte einstehen müssen [2]).

Es ist m. E. ohne weiteres einleuchtend, daß diese Haftung, die, wie gezeigt, nicht auf dem formlosen Versprechen als solchem basieren konnte, auch nicht etwa mit der Fiktion eines dolus begründet werden kann. Die Haftung des Verkäufers ist vielmehr auf dessen Verschulden, auf sein fahrlässiges Verhalten beim Abschluß des Vertrags, zurückzuführen.

Währen die h. M. für den Schadensersatz nur den dolus als Verschulden ansehen will, sagen wir, diese Haftung entspricht der bona fides, d. h. dem „ehrlich sittlichen Verhalten" nicht minder, wenn dem Käufer auch nur der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann. Auch Krückmann [3]) scheint sich dieser unserer Ansicht erheblich zu nähern, wenn er sagt, die Verschuldenshaftung der Römer, die sie zunächst nur im Falle der Arglist anerkannt hätten, habe mehrfach Ansätze zur Weiterbildung gehabt und das „zweifellose Streben der Römer, über die bloße Arglisthaftung hinauszukommen, könne nicht

1) cf. die eingehende Widerlegung bei Leonhard, Haftung, p. 23ff.

2) So schon zur Zeit des Trebatius, Sabinus und Labeo erwähnt: D. 18, 1, 45; D. 19, 1, 6, 4.

3) Arch. civ. Prax. 101, p. 197 II; vgl. auch daselbst Anm. 129.

verkannt werden". Kein geringerer als Ulpian[1]) ist es, der schon diese Schadenshaftung bei bloßer Fahrlässigkeit anerkennt, indem er sagt: Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? videamus, an ex empto teneatur. et putem teneri. atqui ignoravit: sed nondebuit facile quae ignorabat adseverare. inter hunc igitur et qui scit (et tacuit non multum interest: nam qui scit) praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. Worauf führt Ulpian die Haftung fürs Interesse (ex empto) zurück? Eine formelle Zusicherung, ein ausdrückliches Versprechen, kann der Grund nicht sein, ganz abgesehen von dem Wort adseverare wäre es bei einem stipulierten Versprechen selbstverständlich, daß der Verkäufer für die Richtigkeit seiner Angaben einstehen müßte. Es könnte sich also höchstens noch darum handeln, ob neben der Stipulationsklage die actio ex stipulatu geltend gemacht werden könnte. Dieses ist jedoch, wie bereits angedeutet[2]), ausgeschlossen. Im übrigen wäre es aber sonst auch irgendwie angedeutet worden, da die aus dem Formalversprechen entspringende Verbindlichkeit nur mit der Stipulationsklage geltend gemacht werden konnte. Da also die Haftung nicht auf das Versprechen zurückgeführt werden kann und die Worte at-qui ignorabat das Vorhandensein von dolus ausschließen, so bleibt lediglich Fahrlässigkeit übrig. Non debuit . . . deutet darauf hin, daß der Verkäufer fahrlässig gehandelt hat. Er hätte eben sich erst sollen vergewissern oder die Angabe überhaupt nicht machen dürfen. Auch der letzte Satz der zitierten Stelle enthält den Schuldgedanken klar ausgesprochen, da den, der wissentlich eine falsche Angabe macht, der Vorwurf des Verschuldens trifft. Ulpian vergleicht nun diesen qui scit et tacuit mit dem, der leichtfertig, aber unwissend eine Angabe macht und erkennt

1) D. 19, 1, 13, 3, cf. Leonhard, Haftung, p. 22.
2) Oben p. 38 Anm. 1.

zwischen beiden keinen Unterschied, sieht also auch bei dem letzteren den Grund der Haftung in seinem Verschulden.

Einen weiteren Beweis für unsere Ansicht entnehmen wir C. 4. 58, 3, 1: Sin autem venditor non vitiosum etiam in posterum fieri servum temere promiserit, quamvis hoc impossibile esse videtur, secundum fidem tamen antecedentis vel in continenti secuti pacti experiri posse non ambigitur: posteriores enim casus non venditoris, sed emptoris periculum spectant. Zunächst muß ich mich mit dem „promiserit" [1]) abfinden; soviel ist klar, daß es sich hier nicht um ein formales stipulationsförmliches Versprechen handelt, anderseits ist es aber m. E. doch mehr als ein bloß einseitiges dicere, sodaß ich beinahe schon nach dem eingangs Gesagten unter Berücksichtigung des, wenn vielleicht auch nur schwach, zutage tretenden Momentes des Verpflichtungswillens zur Haftung des Verkäufers gedrängt würde. Die Haftung folgt jedoch aus Nachstehendem: Nach der zitierten Stelle verspricht der Verkäufer scheinbar etwas Unmögliches, d. h. etwas, was nicht von seinem Willen abhängt. Wenn er nun dennoch dafür haften muß, so kann nichts anderes der innere Grund sein als sein Verschulden; er hätte eben seine Zusage nicht leichtfertig durch sein Versprechen bekräftigen sollen. Auch in den Stellen über den Verkauf und die Vermietung von Weinfässern handelt es sich um Verschuldenshaftung [1]).

Daß eine solche Haftung nicht etwa durch das ädilizische Edikt überflüssig geworden ist, gibt die h. M. selbst zu, indem sie anerkennt, daß die Währschaftsansprüche des genannten Edikts sich nur nach äußeren, rein objektiven Momenten bestimmen, d. h. daß es zur Verpflichtung des Ver-

---

1) p, 67 d. A. ob., cf. zu dieser und der vorher p. 41 cit. Stelle Heymann p. 98, 109 ff. u. 114 ff., der den Standpunkt vertritt, die von uns zum Beweise herangezogenen Stellen hätten ihre jetzige Fassung nicht von den Klassikern, sondern von den Kompilatoren erhalten, sodaß die hier verteidigte Haftung quellenmäßig nicht bezeugt sei.

2) So Krückmann a. a. O., cf. D. 19, 1, 19, 1; 6, 4.

käufers nach dem Edikt eines Verschuldens nicht bedarf. Ebensowenig hat das aus rein geschichtlichen Gründen gewordene Edikt der Ädilen eine solche Haftung für Verschulden angeordnet. Die Behauptung, das Zivilrecht selbst sei weiter als die Haftung für Verschulden gegangen, indem es als Erfordernis für die Schadenshaftung schlechthin die Erheblichkeit des Mangels aufstellte, kann hier, ganz abgesehen von ihrer inneren Unrichtigkeit, gegen uns nicht verwertet werden, da dieser Umstand, m. E. für nur leichtfertig gemachte Zusagen überhaupt nicht in Betracht kommt.

Neben den erwähnten Quellenstellen spielt auch noch die Zeit, in der sich der Gedanke von der Haftung für Fahrlässigkeit entwickelt hat, eine bedeutsame Rolle. Es geschah dies ungefähr zu derselben Zeit, als sich, wie Leonhard[1]) nachgewiesen hat, eine andere Hauptform, bei dem ein Verschulden des Verkäufers vorkommt, die Haftung für schuldhaftes Verschweigen von Fehlern der Ware entwickelte, die aufgebaut ist auf dem von Cicero de officiis lib. III cap. 16 erwähnten Grundsatz, daß der Verkäufer von Grundstücken für alle Fehler, die er kennt und verschweigt, schlechthin einzustehen hat. Dem Einfluß der bona fides ist es zu verdanken, daß man diese Haftung, die bald auf bewegliche Sachen ausgedehnt wurde, ihrem Inhalte nach einschränkte, um auch die Interessen des Verkäufers in genügender Weise zu würdigen, indem man ihn nicht mehr unbeschränkt, sondern nur beschränkt, für den Fall seines Verschuldens haften ließ, freilich einerlei, ob ihm nun Arglist oder sonstiges Verschulden, bloße Fahrlässigkeit, zur Last fiel. Was liegt also näher, als daß man diese beiden Fälle, die chronologisch im Zusammenhang stehen, auch in inneren Konnex bringt und sie auf das gemeinsame Grundprinzip des Verschuldens zurückführt!

Auch die von Labeo und Sabinus ausgesprochene und von Leonhard eingehend nachgewiesene Haftung, wenn der Ver-

1) Haftung, p. 8 ff.; Verschulden, p. 6 ff.

käufer es schuldhaft unterläßt, sich über Eigenschaften der Kaufsache zu unterrichten, gegebenenfalls die Ware zu untersuchen, die sich freilich erst später entwickelt hat [1]), muß vom Standpunkt ex post als für uns sprechend aufgefaßt werden; da es sich hier ebenfalls um eine Hauptform, in der Verschulden des Verkäufers beim Vertragsschluß zutage tritt, handelt.

Wir stellen also fest, daß bei den Römern nicht etwa eine bloße Denkform, sondern ein positiver Rechtssatz bestand, wonach der Verkäufer beim Fehlen der von ihm in leichtsinniger Weise gemachten Angaben einstehen mußte. Merkwürdigerweise ist diese für das römische Recht einzig richtige Auffassung im gemeinen Recht, wenigstens theoretisch, nicht allgemein zur Geltung gekommen. Erst nach den Ausführungen Leonhards haben sich einige wie Krückmann [2]), Eccius [3]), Schneider und zum Teil Dernburg dieser Auffassung angeschlossen, während Örtmann [4]) eine entscheidende Stellung bisher noch nicht eingenommen hat. Wohl hat das O.A.G. in Lübeck [5]) wiederholt ausgesprochen, daß der Verkäufer für seine formlosen leichtfertigen Angaben einstehen müsse, wenn ihn ein Verschulden treffe.

Anders steht es mit den übrigen, vor 1900 in Deutschland geltenden Rechten. Sie alle, mit Ausnahme der sächsischen Rechts, kennen den von uns verfochtenen Grundgedanken der Haftung für Fahrlässigkeit beim Geschäftsschlusse.

Die Auffassung des römischen Rechts, des Grundpfeilers unserer Rechtswissenschaft, darf nicht ohne weiteres beiseite

---

1) cf. Leonhard, Haftung, p. 31 ff.

2) a. a. O. und p. 232 a. E.

3) Guuchot, 46 S. 306. „Der theoretische Satz, den das Landrecht ausdrücklich an die Spitze stellt, läßt sich, wie oben gesehen, auf das B.G.B. übertragen."

4) a. a. O.

5) Seuff. A. Bd. 2 No. 23, Bd. 17 No. 17, cf. auch Klein, Anzeigepflicht, p. 90, 116, 127 ff.

geschoben werden; sie zwingt uns zu ernstem Nachdenken. Es fragt sich: Ist ein solch bedeutsamer Rechtssatz durch das B.G.B. aufgehoben worden oder besteht er auch jetzt noch? Im folgenden soll nun der Nachweis geführt werden, daß praktisches Bedürfnis und die Analogie mit anderen Vorschriften auch für das heutige Recht unsere Auffassung rechtfertigen.

§ 7.

Das praktische Bedürfnis einer solchen Haftung.

Die von uns gedachten Fälle, bei denen ein praktisches Bedürfnis nach Schadensersatzhaftung zutage tritt, lassen sich in vier Gruppen einteilen. Diese Einteilung hat sich bei der im ersten Abschnitt dargestellten Betrachtung gewissermaßen von selbst ergeben. Wir gehen aus von § 463 Satz 1, dessen Anwendung nach den Ausführungen über Eigenschaft und Zusicherung wohl keine Schwierigkeiten machen dürfte, und behandeln die Fälle, in denen nach obigem die Anwendung des zitierten Paragraphen für ausgeschlossen zu halten ist, und zwar zuerst im Einzelnen und dann von einer höheren, gemeinsamen Warte aus. Zunächst ist zu prüfen, wie es in den Fällen ist, in denn eine andere Beziehung als Eigenschaft angegeben (oder hier auch zugesichert) ist. Der Verkäufer sichert z. B. zu, der Wert der Kaufsache betrage x Mark, ohne in dem Käufer vorsätzlich eine irrtümliche Vorstellung hervorrufen zu wollen. Er kennt die Unrichtigkeit seiner Zusicherung nicht, sodaß er nicht als arglistig betrachtet werden kann. Andererseits ist er aber nicht ganz von Verschulden freizusprechen[1]). Er ist z. B. Fachmann und muß daher die für einen solchen notwendigen Kenntnisse haben oder er hat die sonst bei Feststellung des Wertes übliche Prüfung unterlassen oder aber er gibt sich den Anschein, als könne er selbst als Sachverständiger in dieser Hinsicht auftreten, in Wirklichkeit ist ihm dies aber

1) cf. auch Hachenburg, Gutachten I, 138 ff.

unmöglich. Ihn trifft also nur der Vorwurf der Fahrlässigkeit, einerlei, ob er nun grob oder leicht fahrlässig gehandelt hat. Es ist klar, daß bei dem unserem Recht im allgemeinen innewohnenden Schuldprinzip in einem solchen Falle der Verkäufer haften muß. Ich sehe nicht ein, weshalb es in derartigen und ähnlichen Fällen (z. B. Zusicherung über Konjunktur, Nebenrechte etc. cf. oben § 1) anders sein soll, als wenn der Verkäufer eine wirkliche Eigenschaft zugesichert hätte. Hilft man sich aber etwa mit einer möglichst weitherzigen Auffassung des Begriffs Eigenschaft (sonstige Rechtsbehelfe könnten wohl hier kaum in Betracht kommen), so gibt man eben damit zu, daß die Haftung notwendig, daß also eine Lücke im Gesetz vorhanden ist.

Ebenso ist auch zu entscheiden, wenn die Zusicherung des Verkäufers (mag sie sich nun auf Eigenschaften oder wesensverwandte Beziehungen erstrecken), nicht vertragsmäßig oder in der notwendigen Form erfolgt ist. Auch hier suchen unsere Gegner dem praktischen Bedürfnis, das auch sie nicht verkennen können, dadurch abzuhelfen, daß sie sich zu einer unrichtigen Auffassung der Zusicherung verleiten lassen; sie verlangen selbst, daß man mit Rücksicht auf Treu und Glauben den Käufer auch in diesen Fällen schadlos halten müsse.

Wenn man sagt, bei der vertragsmäßigen Zusicherung sei der Käufer zu schlecht gestellt, dann erkennt man eben damit an, daß auch bei nichtvertragsmäßiger Zusicherung ein Bedürfnis nach Haftung besteht. Nur macht man den Fehler, daß man einmal die Vertragsnatur der Zusicherung verkennt und jetzt natürlich konsequenterweise keinen Unterschied mehr machen kann zwischen Fällen, in denen den Verkäufer ein Verschulden trifft und solchen, in denen er schuldlos ist. Auch Schröder[1]) erkennt ein solches Bedürfnis an, wenn er sagt: „. . . andererseits wird bei formlosen Verträgen eine Berücksichtigung der Vorverhandlungen, der dem Antrag voraus-

1) Gewährleistung bei Sachmängel S. 81.

gegangenen Aufforderung zum Vertragsabschluß und dergl. zu erfolgen haben, so daß auch die hier aufgenommene Erklärung die Bedeutung einer vertraglichen Zusicherung beanspruchen könne".

Besonders stark ist das Bedürfnis nach der Verschuldenshaftung bei der Zusicherung, die der notwendigen Form ermangelt. Hier muß man zunächst den Fall ausschalten, daß der Mangel durch nachfolgende Auflassung und Eintragung mit dem eigentlichen Veräußerungsvertrag geheilt wird (cf. § 3 d. A.). Gewiß, dann ist eben die Zusicherung doch n a c h der Heilung als ordentliche i. S. von § 463 aufzufassen. Anders ist es in den Fällen, in denen eine solche Heilung nicht eintritt. Hier muß es trotz der oben nachgewiesenen Nichtigkeit formloser Zusicherung doch sehr bezweifelt werden, ob es den im Verkehr herrschenden Anschauungen von Treu und Glauben und dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis entspricht, den Käufer in derartigen Fällen s t e t s schutzlos zu lassen. Wenn wir auch den vom Reichsgericht vertretenen Standpunkt, daß Formvorschriften gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagen muß, weil sie sonst bedeutungslos sein würden, teilen, so sagen wir doch, daß es mitunter Recht und Billigkeit, und nicht zuletzt einem dringenden Bedürfnis entspricht, den Verkäufer für solche formlosen Erklärungen haftbar zu machen. Dem praktischen Bedürfnis folgend, hat man diese Lücke durch eine Fiktion auszufüllen versucht, indem man sagt, die formlose Zusicherung sei doch gewissermaßen wie eine formelle anzusehen, wenn der Käufer neben dem Nachweis, daß sie wirklich, ausdrücklich und vertragsmäßig erfolgt ist, noch den Grund nachweist, weshalb sie nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen ist. Demgegenüber möchte ich nur auf die Bedenken hinweisen, die überhaupt jeder Fiktion gegenüber entgegenzubringen sind und auf die Schwierigkeit, mit der ein solcher Nachweis praktisch verbunden sein wird.

Wenn wir nun die letzte Gruppe ins Auge fassen, so werden wir auch hier sehen, daß ein praktisches Bedürfnis die

Haftung dringend erfordert, ja vielleicht noch mehr als in den vorgedachten Fällen. Von dieser vierten Gruppe, den sogen. Angaben (unter Ausscheidung der Zusagen) sagt treffend Wetzel [1]): „Als praktischer Postulat muß vorausgeschickt werden, daß der Verkäufer irgendwie auch für solche Angaben einzustehen hat." Daß eine uneingeschränkte Haftung für solche Angaben zu weit geht, läßt sich jedoch m. E. nicht bezweifeln. Auch das Reichsgericht [2]) unterscheidet hier, wobei es unseren Standpunkt unterstützt, indem es den Verkäufer einer Patenleiter, der irrtümlich versichert hat, die Leiter sei bis zur obersten Stufe besteigbar, nicht haften läßt, weil er bei Abschluß des Vertrags diesen Umstand nicht kannte und auch nicht zu kennen brauchte.

Gerade bei den Angaben, die einerseits nicht als Zusicherung, anderseits auch nicht als Anpreisung aufgefaßt werden können, erfordert es Recht und Billigkeit, den Käufer zuweilen haften zu lassen, ein Grundsatz, der in der Natur der Sache selbst liegt [3]).

Wenn Enneccerus [4]) in Widerlegung unserer Auffassung von der Notwendigkeit einer solchen Haftung meint, es sei zweifelhaft, ob die Billigkeit es wirklich erfordere, daß man beim Kontrahieren, das doch zunächst die Befriedigung der eigenen Interessen bezwecke, stets sorgfältig auch die Interessen des Gegners wahrnehmen müsse, so ist darauf zu entgegnen, daß auch ich keineswegs verkennen möchte, daß man beim Abschluß eines Vertrags zunächst seine eigenen Vorteile berücksichtigen und dem Gegner die Wahrung seiner Interessen selbst überlassen darf [5]). Für den Käufer gilt erst recht der Satz: „Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf." Anders liegt aber doch die Sache, wenn der Verkäufer erkennt

1) p. 8.
2) 34, 216; 62, 300.
3) Reichsgericht 20, 92.
4) Enneccerus I, 2, p. 290 A. 22.
5) cf. hierzu auch oben p. 23.

oder erkennen muß, daß der Gegner im Irrtum befangen ist, und dieser Irrtum gerade durch sein leichtfertiges Reden, d. h. durch die falschen Angaben hervorgerufen ist. Ich meine, in solchen Fällen ist, wenigstens häufig, der Unterschied zwischen grober Fahrlässigkeit und dolus eventualis — der doch dem dolus völlig gleichgeachtet wird [1]) — sehr schwer festzustellen, ohne daß ich etwa die Begriffe „grobe Fahrlässigkeit" und „Arglist" miteinander verwechseln wollte. Ist es da nicht wenigstens in solchen Grenzfällen gerechtfertigt, den Verkäufer — eben aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens haften zu lassen! Erkennt man aber hierin ein Bedürfnis an, so rechtfertigt man unser Prinzip. Was weiter den von Enneccerus angeführten Einwand anbelangt, wäre unsere Ansicht richtig, dann wäre es doch ein gar zu grober Verstoß des Gesetzes, sie nur bei arglistigem Verschweigen zu erwähnen, so ist darauf zu entgegenen, daß auch sonst Lücken im Gesetz vorhanden sind. Auch die positive Forderungsverletzung ist im Gesetz nicht besonders geregelt, sondern folgt aus allgemeinen Gesichtspunkten. Was aber speziell den § 463 anlangt, so ist auch er in anderer Hinsicht einer Ergänzung bedürftig und fähig, die auch von Enneccerus [2]) gebilligt wird (Fall des betrüglichen Vorspiegelns von Eigenschaften, cf. Näheres § 9 S. 64). Zu der weiter von Enneccerus erhobenen Einwendung, eine Vertragspflicht könne doch nicht auf die Vertragsschließung, durch die sie erst entstehen würde, gegründet werden, möchte ich folgendes erwidern: Zunächst setzen wir für unsere Auffassung von vornherein voraus, daß ein gültiger Vertrag zustande kommt; falls die Verhandlungen nicht zu einem rechtbeständigen Geschäft führen, dann wollen auch wir eine Haftung nicht annehmen; gerade darin liegt das charakteristische Unterscheidungsmerkmal von der Iheringschen Haftung für culpa in contrahendo, die stets

1) So auch Staub, p. 1616 u. A.
2) S. 291.

voraussetzte, daß der Vertrag nichtig sei. Bei dieser Einschränkung ist es aber m. E. nur sehr billig, eine Sorgfaltspflicht auch schon für die Zeit des Abschlusses anzuerkennen. Die Haftung, für die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht einzustehen, entsteht erst in dem Augenblick, in dem ein gültiger Vertrag zustande kommt. Des weiteren aber führen wir die Haltbarkeit unserer Auffassung auf die Interpretation des Wortes „Vertragspflicht" zurück. Wir fassen es in einem weiteren Sinne auf. Dann folgt aber die Sorgfaltspflicht bei Vertragsschluß aus der allgemein anerkannten Arglisthaftung. Wir werden unten noch des näheren dartun, daß diese auf den Vertragsschluß selbst begründet ist, daß also in letzter Linie eine Sorgfaltspflicht schon zur Zeit des Abschlusses besteht[1]).

Das praktische Bedürfnis nach der Haftung ist auch verschiedentlich in der Rechtssprechung zum Ausdruck gekommen. Wenngleich die von uns herangezogenen Entscheidungen sich teilweise noch auf die Zeit vor 1900 beziehen, so ist doch kein Grund einzusehen, weshalb es jetzt anders sein soll, da gesetzliche Aenderung bisher nicht erfolgt ist. So hat schon das O.A.G. in Lübeck in der S. 44 Anm. 5 cit. Entscheidung unsere Auffassung geteilt, indem es sagt, wenn ich den dort ausgedrückten Satz positiv fassen darf: „War es den Umständen nach möglich, daß der Verkäufer Kenntnis von dem Vorhandensein der angerühmten Eigenschaft haben konnte — und waren auch diese Umstände dem Käufer nicht bekannt, so läßt sich dem dictum (das heißt Angabe cf. § 5) eine verbindliche Kraft nicht abstreiten. So erkennt auch Blume a. a. O. eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Zusicherung und ein Einstehen für schuldhafte Verletzung dieser Pflicht an und diese seine Auffassung hat zur Grundlage, daß der Verkäufer, der leichtsinnig eine Eigenschaft zusichert, die Folgen des Fehlens derselben tragen muß. Blume bezeichnet ausdrücklich

---

1) cf. Näheres darüber Leonhard, Verschulden, S. 44.

den Weg, den die ausländische Gesetzgebung, soweit sie die Verschuldenshaftung kennt, gegangen ist, als den richtigen. Auch Cosack [1]) bedauert, daß nach dem Gesetz der Verkäufer über die Arglist hinaus ein Risiko nicht zu tragen habe, „selbst dann nicht, wenn er grob fahrlässig handelt".

Aus dem Gesagten geht zur Genüge hervor, daß ein praktisches Bedürfnis nach der Haftung bei fahrlässigem Verschulden besteht, daß somit eine Lücke im Gesetz vorhanden ist, die ausgefüllt werden muß. „Denn der Verkäufer büßt billig für seine Unvorsichtigkeit, daß er etwas geradezu versicherte. was er nicht wußte. Eine solche Unbesonnenheit ist eine Lüge und diese dem dolus gleichzustellen" [2]).

§ 8.

Die Unzulänglichkeit anderer Rechtsbehelfe.

Man hat versucht, dem im vorhergehenden Paragraphen geschilderten Bedürfnis auf mannigfache Art abzuhelfen. Es ist daher notwendig, im folgenden des näheren die Unzulänglichkeit anderer Rechtsbehelfe nachzuweisen. Wenn man mit der h. M. von dem allgemeinen Grundsatz ausgeht, daß nur das Verschulden bei der Vertragserfüllung schadensersatzpflichtig macht, dann wird man uns vielleicht entgegnen, es handle sich in unseren Fällen gar nicht um eine culpa in contrahendo, sondern um culpa in solvendo. Wenn also der Verkäufer hafte, dann sei es eine Folge seiner Schuld bei Vertragserfüllung, nicht bei Abschluß des Vertrags; eine Schadensersatzhaftung, die dem im § 7 d. A. dargelegten Bedürfnis entspreche, sei daher nicht mehr notwendig.

Um die Unrichtigkeit dieser Ansicht nachzuweisen, ist zunächst zu prüfen, ob der Verkäufer überhaupt schuldhaft seine Vertragspflichten verletzt, wenn er die Sache in einem

1) 4. Aufl., p. 451.
2) Glück, Komm. z. d. Pand., Bd. 20, p. 89.

anderen Zustand liefert als in dem, den er bei Abschluß des Vertrags als bestehend angegeben hat. Ich möchte hierbei je nach dem Gegenstand des Kaufvertrags drei Fälle unterscheiden: 1. Es handelt sich um eine Gattungssache. Der Verkäufer macht leichtfertige Zusicherungen über die Verwendbarkeit des generischen Kaufobjekts oder garantiert für andere Beziehungen als Eigenschaften. Es unterliegt in solchen Fällen m. E. keinem Zweifel, daß der Verkäufer in vollkommen dem Vertrag entsprechender Weise liefert. Verkauft er z. B. ein Fahrrad Marke „Brennabor" unter der Angabe, daß es sich zu Rennfahrten vorzüglich eigne und liefert er nachher ein Brennaborrad, das überhaupt schon seiner Bauart nach nicht für derartig erhöhte Leistungen geeignet ist, so trifft ihn doch bei der Vertragserfüllung kein Verschulden. Er hat ja vollständig und vertragsmäßig erfüllt, er wollte und hat Marke Brennabor verkauft; der Käufer wollte Brennabor kaufen. Nur kann ihm zum Verschulden angerechnet werden, daß er leichtsinnige Angaben hinsichtlich der Leistungsfähigkeit machte, deren Unrichtigkeit er zum mindesten hätte kennen müssen, sei es nun, daß die Fahrlässigkeit darin zu erblicken ist, daß er trotz seiner Eigenschaft als Fahrradhändler nichts von der von ihm vertriebenen Marke verstand oder, daß er es unterlassen hat, sich über die Tauglichkeit solcher Räder genauer, entweder durch eigne Untersuchung oder durch Nachfrage, zu unterrichten.

2. Das gleiche gilt bei der Speziessache. Auch hier leuchtet sofort ein und ist überhaupt herrschende Ansicht, daß der Verkäufer vertragsmäßig liefert, auch wenn die Kaufsache geliefert wird, ohne daß die von ihm gemachten Angaben vorliegen. Er genügt seiner Erfüllungspflicht, im Gegensatz zur Gewährleistungspflicht, wenn er die Sache übergibt, in dem Zustand, in dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befindet, also ohne die angegebene Eigenschaft oder Beziehung. Hierauf wird man vielleicht entgegnen, es entstehen aber doch aus dem Kaufvertrag Währschaftsansprüche und in § 463 ist ausdrück-

lich von „Nichterfüllung“ die Rede, es steht also im Gesetz, daß nicht (d. h. mangelhaft) erfüllt ist; liegt sonach Verschulden vor, so kann man die vorhandene Lücke durch die Vorschriften über Erfüllungsschuld ausfüllen. Diese Bedenken schwinden aber, wenn man sich klar macht, daß dann, wenn der Verkäufer auf Erfüllung klagt, und der Käufer sich demgegenüber auf das Fehlen der Angaben beruft, er damit die Einrede des nichterfüllten Vertrags geltend machen und dadurch den Kläger zwingen würde, den Nachweis zu führen, daß die Kaufsache die angegebenen Eigenschaften besitze. In Wirklichkeit muß aber ein solcher Beweis m. E. zweifellos dem Beklagten, d. h. dem Käufer aufgebürdet werden. Ganz abgesehen davon aber ist es unbestritten und auch herrschende Meinung, daß der vom Gesetz im § 463 gebrauchte Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ ungenau und sehr bedenklich ist und daher nur Ersatz des Interesses an der Abwesenheit des vertretbaren Mangels [1]) bedeuten kann.

3. Der dritte Fall ist der der gemischten Gattungsschuld, wo also aus einem bestimmten Vorrat (Gattung) eine bestimmte Menge herausgenommen wird (z. B. Getreide aus einem Getreidespeicher, Kalk aus einem bestimmten Kalklager). Auch hier trifft den Verkäufer, wenn er die Kaufsache in dem von ihm angegebenen Zustand liefert, kein Verschulden. Warum sollte es da auch anders sein, als in den beiden vorhergehenden Fällen! Das Reichsgericht [2]) steht allerdings auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Es meint, daß dem Verkäufer, wenn er aus einem bestimmten Kalkwerk zu Verputzarbeiten ungeeigneten Kalk liefere, ein Verschulden bei der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Last falle. Allerdings äußert sich das Reichsgericht nur zu der Mangelhaftigkeit, worunter aber auch das Fehlen der angegebenen Eigenschaften zu verstehen ist,

1) Das B.G.B. versteht unter Mängeln der Sache sowohl die Fehler der Sache als das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, cf. Enneccerus I, 2, p. 288, 2.

2) 56, 168.

sodaß also auch in den von uns gedachten Fällen bei konsequenter Durchführung des von ihm aufgestellten Grundsatzes das Reichsgericht in der Erfüllung ein Verschulden erblicken dürfte. Bei der gemischten Gattungsschuld handelt der Verkäufer aber auf alle Fälle vertragsmäßig, wenn er aus dieser bestimmten Grube liefert.

Der Umstand, daß also auf diese Weise ein schuldhaftes Verletzen der Vertragspflichten seitens des Verkäufers nicht zu begründen ist, hat manche veranlasst, das Verschulden bei der Erfüllung auf andere Art zu konstruieren. Sie erblicken es darin, daß der Verkäufer bei der Lieferung der Kaufsache die Unrichtigkeit seiner Angaben nicht erkannte. So hafte der Verkäufer einer Patentleiter, der leichtsinnig angegeben habe, daß sie bis zur obersten Stufe bestiegen werden könne, wenn er bei der Ablieferung den Gegner noch in Unkenntnis gehalten, d. h. also seine Angaben nicht widerrufen hätte oder weil er es auch da schuldhaft noch nicht gewußt hätte, eine merkwürdige Konstruktion, die mir sehr bedenklich erscheint. Ich pflichte Leonhard voll und ganz bei, daß sie äußerst künstlich und gewunden erscheine und beziehe mich im übrigen auf die dort[1]) angeführte Widerlegung. Leonhard führt aus, daß, um Angaben über die Beschaffenheit der Waren zu machen, der Vertragsschluß da sei und nicht die Ablieferung, bei der übrigens häufig die Parteien durch untergeordnete Organe vertreten seien, von deren Tüchtigkeit oder Untauglichkeit also mit a. W. schwerwiegende Folgen auf dem Gebiet des Vertragsrechts abhängen sollten.

Dazu kommen noch die Fälle, in denen der Kaufabschluß der Erfüllung zeitlich vorausgeht oder in denen den Käufer überhaupt nur bei dem Vertragsschluß ein Verschulden treffen kann (z. B. Ablieferung erfolgt durch den Erben oder Gehilfen, oder aber der Käufer muß die Sachen an einem bestimmten Lagerplatz abholen, wo er gar nicht mehr mit dem

1) Verschulden, p. 27.

Verkäufer zusammenkommt). Wenn es auch für den Fall, daß Vertragsschluß und Ablieferung zeitlich zusammenfallen, schwerer ist, die Unvollständigkeit und Unzulänglichkeit der gegnerischen Ansicht festzustellen, so ist doch auch hier m. E. nach dem soeben Gesagten unsere Auffassung das Normale. Unsere Gegner haben daher auch im Gefühl der Unsicherheit ihrer eigenen Ansicht eingeräumt, daß man auf einen früheren Zeitpunkt als die eigentliche Lieferung zurückgehen müsse; damit ist aber unser Prinzip gerechtfertigt. Nur macht man bei der Festlegung des Zeitpunktes eine eigenartige Konstruktion, indem als maßgebender Zeitpunkt die kurz nach dem Vertragsschluß und vor der Erfüllung liegende Zeit angenommen wird; hierbei sagt man, daß dann die Schuld, wenngleich nicht in der Erfüllung, so doch schon im Stadium der Erfüllung liege. So sagt Krückmann[1]), der Schadensersatzanspruch gründe sich nicht auf die Lieferung als solche, sondern auf die nicht rechtzeitig, d. h. vor der Lieferung unterlassene Anzeige. Diese Anzeige würde sich für unsere Fälle überhaupt höchstens darstellen als Widerruf oder Richtigstellung der einmal beim Vertragsschluß gemachten Angaben. Schon eine merkwürdige Zumutung für den Verkäufer; aber auch sonst scheint mir diese Aushilfe sehr gewagt. Weshalb nehmen die Gegner einen beliebigen Zeitpunkt an, und wie würde sich in der Praxis der maßgebende Moment feststellen lassen? Ganz abgesehen davon, daß dann in vielen Fällen, wie mir scheinen will, die Rechte des Käufers von beinahe willkürlichen Gesichtpunkten abhängen würden. Weshalb soll ich gerade kurz nach dem Vertragsschluß, vor der Erfüllung, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden, vorher aber derselben enthoben sein! Wie würden die Gegner den Fall behandeln, wenn den Verkäufer nach den Umständen überhaupt nur bis zum Vertragsschluß ein Verschulden treffen kann,

---

1) Arch. civ. Prax. 101, 205; cf. auch das von Krückmann a. a. O. angeführte Beispiel; vgl. ferner hierzu Klein, Anzeigepflicht, p. 116.

weil der Käufer unmittelbar nach dem Abschluß die ihn auf Grund des gegnerischen Verschuldens schädigende Handlung vornimmt[1]), wie würde sich dann in einem solchen Falle die Anzeigepflicht praktisch gestalten? Es bliebe dem Verkäufer hier keine Zeit, seine fahrlässige Zusage zurückzunehmen. Ebenso ist es, wenn der Verkäufer sich bei Abschluß des Vertrags eines Vertreters bedient und diesem ein Verschulden zur Last fällt.

Ebensowenig, wie man sich, um die vorhandene Lücke auszufüllen, auf die Grundsätze über Erfüllungsschuld berufen kann, kann man sagen, daß man mit der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung auskommen könne (lediglich Bezeichnung „Sèvres,Vase"!), was freilich auch nur in Betracht kommen könnte, wenn es sich um bloße Angaben handelt. Denn bereits im § 4 d. A. ist nachgewiesen worden, daß die stillschweigende Zusicherung nicht zum Schadensersatz verpflichtet.

Weiterhin hat man sich bemüht, den Schadensersatzanspruch aus der Wandelung herzuleiten. Dies ist jedoch nicht statthaft, denn mit der Wandelung kann der Käufer nicht den ihm entstandenen Schaden geltend machen. Nach § 467 finden auf die Wandelung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften größtenteils Anwendung, sodaß nach § 346 die Parteien verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Ihre eventuellen Schadensersatzansprüche bestimmen sich gemäß § 347 nach den Vorschriften über die Verwendungen des gutgläubigen Besitzers. In diesen Kreis von Verwendungen fallen aber die durch das schuldhafte Verhalten des Verkäufers beim Vertragsschlusse entstandenen Schäden nicht. Auch geht es nicht an, die diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften extensiv zu interpretieren und anzunehmen, daß die Wandelung weitergehende Rechte als Rücktrittsrechte erzeuge. Ebensowenig kann diese Haftung

1) Vgl. hierzu das von Leonhard, Haftung, angeführte Beispiel p. 30.

bei der Wandelung auf Verschulden des Verkäufers zurückgeführt werden, da richtiger Ansicht nach auch im heutigen Recht, wie schon bei den Römern, Wandelung und Minderung ohne Rücksicht auf die subjektiven Elemente, d. h. unabhängig von irgend einer Form des Verschuldens gegeben werden.

Der von Planck[1]) aufgestellte Grundsatz, die Parteien hätten sich im Fall der Wandelung gegenseitig das Vertrauensinteresse (auch Klarheits- oder negatives Interesse genannt,) zu ersetzen, ist von ihm selbst in weitester Konsequenz nicht gebilligt, ganz abgesehen davon, daß dieser Satz im Gesetz selbst keinen Rückhalt findet. § 467 a. E. spricht für unsere Ansicht, wenn es dort heißt: „Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen." Hieraus geht zur Genüge hervor, daß nicht jeglicher Schaden, der dem Käufer dadurch entstanden ist, daß die Sache in einem anderen Zustand als geliefert verkauft wurde, mit der Wandelung geltend gemacht werden kann.

Wenn man nun auch eingesehen hat, daß auf dem bis jetzt geschilderten Wege nichts zu erreichen ist, so hat man doch andererseits auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen zurückgegriffen. Man meint, daß eine Haftung wegen schuldhaften Verhaltens bei Verhandlungen zum Zwecke eines Vertragsschlusses nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen verpflichte.

Die Voraussetzungen der Deliktsklage sind neben widerrechtlichem Tun oder relevantem Unterlassen, Eintritt eines Vermögensschadens[2]) und des zwischen beiden bestehenden Kausalzusammenhangs, Verschulden des Handelnden[3]) und ein gesetzlicher Deliktstatbestand. Da § 826 als besonderer Deliktstatbestand von vornherein bei bloßer Fahrlässigkeit ausscheidet, so kommt nur § 823 zur näheren Prüfung. Wider-

1) § 467 Anm. 2b.
2 Abgesehen von § 847.
3) Ausnahme § 835 und eventuell § 833.

rechtlich ist jedes der Rechtsordnung widersprechende Verhalten, d. h. in concreto jede Verletzung der in Abs. I und II geschützten Rechte. Ein Forderungsrecht fällt aber nach herrschender und richtiger Ansicht nicht unter § 823, da, wie das Reichsgericht [1]) selbst erkannt hat, die Verletzung einer bloßen Vertragspflicht durch den Schuldner anderweit geregelt ist. Kann man also nicht von einer Rechtswidrigkeit, sondern höchstens von „Pflichtwidrigkeit" reden, und scheitert somit die Anwendbarkeit der Vorschriften über unerlaubte Handlungen schon daran, so folgt in den meisten Fällen die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht auch aus anderen Gründen. Häufig wird nämlich der durch die Pflichtverletzung eingetretene Schaden nicht in der Verletzung der Person oder eines Rechts, sondern in Vermögensverlusten bestehen. Das Vermögen in seiner Gesamtheit ist aber nicht als Recht aufzufassen, sodaß § 823 I überhaupt kaum bei culpa in contrahendo in Betracht kommen könnte [2]).

Die Anwendung des § 823 II setzt Verletzung eines Schutzgesetzes voraus, worunter alle Rechtsvorschriften, sowohl die, welche die besonderen Interessen der einzelnen zu schützen bestimmt sind, als auch die, durch welche das Publikum, und somit die einzelnen Mitglieder dieser Gesamtheit, gestützt werden sollen, zu verstehen sind. Ein derartiges Schutzgesetz besteht aber für die vorliegenden Fälle nicht.

Auch gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, daß aus dem Gesichtspunkte des Deliktsrechtes für jede fahrlässige Handlung auf Schadensersatz gehaftet werde, wenn durch solche Fahrlässigkeit ein Schaden entstanden ist.

Außer den angeführten Gründen sprechen aber auch noch praktische Momente gegen die Anwendung der Deliktsgrundsätze. So will mir doch die Ansicht des Reichsgerichts u. a.,

---

1) Bd. 33, 200; Recht 02. 236; 04, 447; 06, 561 u. a.; cf. Blume, Jh.J. 55, 230.

2) cf. R.G. 62, 315; Achilles, p. 378.

daß der Anspruch wegen schuldhafter Vertragserfüllung nach den Grundsätzen des Währschaftsrechts verjähre, als die richtige erscheinen, sodaß man auch hier bei der Verwandtheit dieses Anspruchs mit dem aus dem Verschulden beim Vertragsschluß, die Verjährungsfrist des § 477 analog anwenden muß. Daß der cit. § dieser beiden Fälle nicht Erwähnung tut, darf nicht wunder nehmen, da sie überhaupt nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt sind und infolgedessen auch ihre Verjährung keine ausdrückliche Regelung erfahren hat.

Ebenso unpraktisch erweisen sich die Deliktsregeln besonders auch, wenn eine Mittelsperson beim Vertragsschluß in Frage kommt, da § 831 eine Exkulpationsmöglichkeit vorsieht, die dem Vertragsrecht unbekannt ist. Andererseits ist es aber doch nur recht und billig, daß man auch für Verschulden seiner Vertreter beim Vertragsschluß schlechthin haftet[1]). Aber ganz abgesehen davon, weshalb wollen wir den schwierigen, bedenklichen und unpraktischen Weg über unerlaubte Handlungen wählen, wenn wir in Ergänzung des § 463 die Haftung schon aus dem Vertrage ableiten können!

§ 9.

Die Analogie anderer Vorschriften.

In diesem Paragraphen soll nachgewiesen werden, daß außer Geschichte und Billigkeit noch ein drittes für die Haftung bei bloßer Fahrlässigkeit spricht, nämlich die Analogie anderer Vorschriften. Unter Analogie verstehen wir die Ausdehnung (ausdehnende Anwendung) eines Rechtssatzes (= Gesetzes-) oder eines Komplexes von solchen (= Rechtsanalogie) auf von seinen Voraussetzungen nur unwesentlich abweichende Fälle[2]). Bei der Prüfung der Gesetzesanalogie, d. h. der Frage, wo ist in dem Gesetze selbst der Gedanke ausgesprochen, daß der Schuldner für sein fahrlässiges Verhalten

1) cf. § 9 d. Arb. S. 63.
2) Enneccerus I, 1, 113.

beim Vertragsabschluß einzustehen hat, fällt uns zunächst der § 694 ins Auge. Hier ist klar ausgesprochen, daß der Hinterleger den durch die Beschaffenheit der Sache entstandenen Schaden ersetzen muß, falls ihm hierbei Fahrlässigkeit zur Last fällt. Diesen Standpunkt vertritt auch Oertmann, wenn er sagt: „. . . übrigens beruht die Haftung aus § 694 weniger auf der Verletzung von Vertragspflichten, die den Hinterleger nicht treffen, sondern eher auf eine Anwendung des Gesichtspunktes der culpa in contrahendo [1]). Ich meine, daß dieser Fall mit dem von uns verteidigten Prinzip verwandt ist. Beim Kauf sowohl wie beim Verwahrungsvertrag handelt es sich um gegenseitige Verträge. Der Hinterleger leistet eine Sache, der Verkäufer ebenso, in beiden Fällen stellt sich die Leistung des einen Teils als Äquivalent der Leistung des anderen Teiles dar. Weshalb soll nun bloß der Hinterleger zu einer bestimmten Sorgfalt verpflichtet sein, den Verkäufer aber diese Diligenzpflicht nicht treffen?

Auch in dem § 678 können wir m. E. einen Stützpunkt finden. Es handelt sich dort um die Übernahme der Geschäftsführung, d. h. eines Realaktes [2]) mit rechtlicher Wirkung, also um nur eine mit einem Rechtsgeschäft verwandte erlaubte Handlung, umsomehr muß daher bei einem Vertrag für fahrlässiges Verschulden des Schuldners gehaftet werden.

Aber noch aus einem anderen Gesichtspunkte rechtfertigt sich die von uns vorgeschlagene Ergänzung des § 463. Ich habe oben schon angedeutet, daß der Schuldner für sein Verschulden bei der Vertragserfüllung haften muß, und will, bevor ich hieraus für unsere Fälle die Konsequenzen ziehe, zunächst kurz einiges über diese Haftung ausführen.

Was zunächst den Namen „positive Vertragsverletzung" anlangt, so ist er — in Ermangelung eines besseren Ausdrucks

---

1) Oertmann bei § 694; ebenso Thur in D.J.Z. 01, 472, Leonhard, Verschulden, p. 2.

2) Enneccerus I, 1, p. 439 Anm. 8.

gewählt —, als zu eng zu bezeichnen, und ich möchte daher mit Enneccerus den, wenigstens in mancher Hinsicht, besseren der positiven „Forderungsverletzung" wählen. Wenngleich die Ansichten der dadurch begründeten Haftung noch weit auseinandergehen, so herrscht doch im Ergebnis fast völlige Übereinstimmung. Man ist sich darüber klar, daß Billigkeit und ausgleichende Gerechtigkeit eine derartige Haftung erfordern und ist mit Staub, dem Begründer der Theorie der positiven Forderungsverletzung, u. a. davon ausgegangen, daß eine Lösung des Problems sich nur mittelbar auf Grund der Gesetzesanalogie ergibt, während eine andere Meinung Lösung unmittelbar aus den Worten des Gesetzes selbst erhofft.

Die Ansicht Staubs, der § 286 analog anwenden will, scheitert m. E. daran, daß keineswegs immer mit der positiven Forderungsverletzung ein Verzug oder verzugsartiges Verhalten verbunden zu sein braucht[1]). Ebenso muß auch der Versuch, die Lösung unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 276 abzuleiten, als mißlungen bezeichnet werden. Der zitierte Paragraph stellt m. E. lediglich eine Definition auf, indem dort der Begriff der zivilrechtlichen Haftung klargelegt wird[2]). Zweifelhaft erscheint mir aber auch die Begründung, die von dem Satz ausgeht, daß die Regeln über Unmöglichkeit und Verzug nicht die einzigen Ausnahmen von dem Grundprinzip der Ersatzfreiheit (d. h. höchstens in dem Sinn keine Haftung ohne Grund) enthalten, sodaß § 276 und § 286 nur als Erkenntnisgrund in Betracht kommen dafür, daß der Schuldner dem Gläubiger für alle durch sein vertragswidriges Verhalten entstehenden Schäden haften muß.

Ich sehe vielmehr in dem Gesetz, dessen Verfasser anscheinend geglaubt haben, durch die Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug alle schuldhaften Forderungsverletzungen geregelt zu haben, eine Lücke, die durch die Analogie mit all-

1) cf. Oertmann, p. 114 b β.
2) Kiss in Arch. b. R. 30, 186 und die dort cit.

gemeinen Vorschriften auszufüllen ist. Wenngleich der Grundsatz der Erfüllungsschuld nicht im Gesetz ausgesprochen ist, so liegt er doch seinen kasuistischen Bestimmungen zu Grunde [1]). Die Vertragswidrigkeit aber muß selbstverständlich unter freier Interessenabwägung nach § 242 bestimmt werden. Weitere Ausführungen über dieses interessante Gebiet würden den Rahmen der gestellten Aufgabe erheblich überschreiten. Es genügt hier die Feststellung, daß der Verkäufer für sein Verschulden bei der Vertrags e r f ü l l u n g haftet. Deshalb muß er auch für sein Verschulden bei den Vertrags s c h l u ß haften. Beide Fälle zeigen große innere Verwandtschaft, beidemal handelt es sich um eine Pflichtverletzung, um die Verletzung rechtsgeschäftlicher Verbindlichkeiten. Jede Partei ist m. E. verpflichtet, dem ihr bekannten besonderen Interesse der Gegenpartei in gewissem Sinne Rechnung zu tragen und bei der A b w i c k l u n g des Geschäfts, d. h. sowohl bei dem A b s c h l u ß, als auch bei der E r f ü l l u n g ihr Verhalten so einzurichten, daß eine Benachteiligung der anderen t u n l i c h s t vermieden wird.

Daß schon zur Zeit des Vertragsschlusses eine Sorgfaltspflicht besteht, folgt, wie bereits erwähnt, aus der Haftung für Arglist beim Abschluß des Vertrags, die nicht als gesetzliche, sondern als vertragsmäßige anzusehen ist. Örtmann, Staub und früher auch das Reichsgericht [2]) erkennen letzteres nicht an; sie führen die Arglisthaftung auf unerlaubte Handlung zurück, weil sie unsere Auffassung von der Vertragshaftung nicht teilen, d. h. keine Sorgfaltspflicht schon beim Abschluß des Vertrags anerkennen und daher die Arglisthaftung, die wie jede Haftung eine bestimmte Sorgfaltspflicht voraussetzt, nicht auf den Vertrag zurückführen können. Diese Auffassung ist m. E. unpraktisch und juristisch unhaltbar, sodaß auch das Reichsgericht [3]) seinen früheren Standpunkt aufgegeben hat,

1) So Jh.J. 54, 85.
2) 61, 213; cf. Oertmann § 276 Anm, 5; § 459 Anm. 2; Staub S. 664.
3) R.G. 66, 86.

indem es bei Haftung für Arglist als Verjährungszeit nicht die des § 852 annimmt, sondern den Anspruch nach Kaufrecht verjähren läßt. Ja, es sagt ausdrücklich, daß der Anspruch aus § 463 in seinem vollen Umfang ein vertraglicher sei, da der Arglist beim Vertragsschlusse die gleiche vertragliche Wirkung beigelegt sei, die der Arglist bei Erfüllung des Vertrags allgemein zuerkannt wäre. Des weiteren spricht aber auch das praktische Bedürfnis bei der Haftung für Vertreter zugunsten unserer Auffassung, daß die Arglisthaftung eine vertragliche sei. Macht z. B. der Vertreter des Verkäufers (Reisender, Kommis etc.) beim Verkauf der Ware irgend welche falschen Angaben, mag ihn hierbei Vorsatz oder Fahrlässigkeit treffen, so fragt es sich, welches Rechtmittel für den Käufer unter Umständen in Betracht kommen kann: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123), womit aber keineswegs der ihm weiter entstandene Schaden ersetzt wird. Diesen kann er ja von dem Kommis selbst einklagen, aber der ist oft nicht genügend zahlungsfähig! Wendet er sich aber an den Dienstherrn, so besteht für diesen bei Anwendung des § 831 Exculpationsmöglichkeit. Gelingt ihm der Nachweis seiner Schuldlosigkeit, so bekommt der Käufer seinen Schaden nicht ersetzt. Welch unbilliges Ergebnis! Anders im früheren Recht. Warum sollte es aber heute anders sein, als in der Zeit vor 1900, in der Zeit des gemeinen, preußischen und französischen Rechts.

Wenn die Haftung auch nicht aus § 278 in unmittelbarer Anwendung folgt — denn das Gesetz hat, wie bereits erwähnt, weder Erfüllungsschuld noch Verschulden beim Vertragsschluß geregelt und daher auch selbstverständlich nichts über die Haftung für Vertreter gesagt —, so ergiebt sie sich doch in beiden Fällen aus allgemeinen Gesichtspunkten, aus der Analogie des § 278[1]).

---

1) cf. hierzu aueh Rehbein I, 257 a. E., II, 99; Leonhard, Verschulden, 45ff.; Endemann I, 396; Staub I, p. 257, II, 1656.

Nach alledem besteht ebenso wie bei der Erfüllungsschuld so auch schon beim Abschluß des Vertrags eine bestimmte Sorgfaltspflicht, die in schuldhafter Weise — vorsätzlich oder fahrlässig — verletzt sein muß, wenn die Schadensersatzfolge eintreten soll.

Aber auch im praktischen Leben stehen beide, Sorgfaltspflicht beim Abschluß und Erfüllungspflicht, sich völlig gleich gegenüber. Wenn ich als Verkäufer meine Diligenzpflicht verletze, weil ich mich etwa in leichtfertiger Weise auf Angaben meines Vormanns verlasse, so bleibt es sich völlig gleich, ob ich dies vor oder nach dem Abschluß des Vertrags getan habe. In dem einen wie dem andern Fall ist es billig, daß ich für mein Verschulden hafte[1]). Denn häufig wird wohl auch die schuldhafte Forderungsverletzung auf einen schuldhaften Willensentschluß bei Abschluß des Vertrags zurückzuführen sein.

Es erscheint daher gerechtfertigt, daß man auf unsere Fälle die Grundsätze über die positive Forderungsverletzung analog anwendet. Danach haftet der Verkäufer aber nicht nur für Arglist, sondern auch für bloße Fahrlässigkeit, einerlei, ob er grob oder leicht fahrlässig gehandelt hat.

Man wende nicht ein, daß § 463 die Fälle der Haftung des Verkäufers erschöpfend regele; das ist sicher nicht der Fall. Hat doch der cit. Paragraph bereits insofern eine Ergänzung erfahren, als nach allgmeiner Ansicht die Haftung des Verkäufers für arglistiges Verschweigen von Fehlern der Kaufsache auch auf die Fälle ausgedehnt wird, in denen bestimmte Eigenschaften arglistig vorgespiegelt werden. Da dies immerhin von einer ganzen Reihe von Schriftstellern[2]), wenngleich vielfach auch nur hinsichtlich der Begründung bestritten ist, so rechtfertige es sich, wenn hierzu kurz Stellung genommen

---

1) Leonhard, Verschulden, p. 42 ff.

2) Matthiesen, R. 08, 670; Wolff, Dog.J, 56, 1; cf. Leuel, D.J.Z. 07, 455; O L.G. 12, 12 u. a.

wird. Wenn der Verkäufer in zwei Fällen (zugesicherte Eigenschaft und arglistiges Verschweigen) zum Schadensersatz verpflichtet ist, dann liegt es doch gewiß nahe, dem Käufer auch im Falle des arglistigens Vorspiegelns den Schadensersatzanspruch zu gewähren. Recht und Billigkeit entspricht es, denjenigen, der arglistig eine Eigenschaft vorgespiegelt hat, wegen des ihm vorzuwerfenden Bruchs der Vertragstreue dem gleichzustellen, der einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Als irrtümlich muß es bezeichnet werden, wenn man sagt, die Entstehungsgeschichte des § 463 verbiete diese analoge Anwendung, denn selbst wenn die Geschichte gegen entsprechende Ausdehnung spräche, worüber man aber wohlgemerkt verschiedener Ansicht sein kann, so folgt daraus noch lange nicht, daß die Analogie ausgeschlossen ist, sondern es bleibt uns unbenommen, wenn Recht und Billigkeit es erfordern, von den Ideen uns loszumachen, die die geistigen Urheber des B.G.B. beseelt haben[1]). Ein dringendes Bedürfnis ist m. E. vorhanden, den unehrlichen Verkäufer im Interesse tunlichster Verkehrssicherheit mit empfindlichen Nachteilen zu bedrohen. Ich sehe nicht ein, weshalb der arglistig Vorspiegelnde günstiger gestellt werden soll als der, der nur arglistig einen Fehler verschweigt. Ersterer verletzt doch eigentlich in stärkerem Maße Treu und Glauben als letzterer. Das Gesetz hat den angeführten Fall nicht besonders geregelt, wohl deshalb, weil die Kommission den Standpunkt vertrat, daß in dem Vorspiegeln einer Eigenschaft ohne weiteres auch deren Zusicherung zu erblicken sei. Demgegenüber kann auch Matthiessen a. a. O. mit seiner Begründung nicht überzeugen. Was sein Hinweis auf die §§ 823, 826 anlangt, so verweise ich auf das über die unerlaubten Handlungen oben S. 57 Gesagte. Bezüglich seiner Behauptung, das Gesetz weise keine Lücke auf, schlägt er sich selbst, indem er vom Fehlen einer „s a c h g e m ä ß e n“ Re-

1) Ebenso Enneccerus § 331, 2, 3, c; R.G.R. Komm. zu § 363, 1; R.G. 63, 112; 66, 338 u. A.

gelung spricht. Sein weiterer Einwand, die Entstehungsgeschichte des § 463 verbiete dessen analoge Anwendung, ist schon oben widerlegt worden. Auch ist es klar, daß die entsprechende Anwendung nicht, wie er meint, über das Gebiet der Rechtsschöpfung hinausgreift.

Ich folge daher aus den angeführten Gründen und mit dem Reichsgericht wegen Gleichheit des Rechtsgrundes aus den beiden Sätzen des § 463, daß eine analoge Anwendung derselben auf den Fall des arglistigen Vorspiegelns von Eigenschaften nicht nur billig und wünschenswert, sondern auch durchaus statthaft ist.

§ 10.

Allgemeine Bedeutung der Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß.

Nachdem wir im vorhergehenden Paragraphen nachgewiesen haben, daß dem früheren Recht entsprechend auch das heutige den Verkäufer für seine fahrlässig unrichtigen Angaben auf Schadensersatz haften läßt, sei es gestattet, zum Schluß noch kurz auf die allgemeine Bedeutung der Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß hinzuweisen. Diese Fahrlässigkeit beim Abschluß des Vertrags ist nämlich nicht nur im Falle der unrichtigen Angaben, sondern auch dann von großer Bedeutung, wenn es sich um Verschweigen von Mängeln und anderer wichtigen Tatsachen und Unterlassen einer nach Treu und Glauben gebotenen Untersuchung handelt.

Daß auch bei diesen beiden anderen Formen, in denen das Verschulden des Käufers zutage treten kann, eine Schadensersatzhaftung besteht, ist ebenfalls von Leonhard a. a. O. eingehend begründet worden. Dieselben Gründe, wie bei der Haftung für fahrlässig unrichtige Angaben sind auch hier ausschlaggebend: Geschichte, Billigkeit und Analogie anderer Vorschriften.

Was nun beim Kauf Rechtens ist, das gilt m. E. auch bei anderen Rechtsgeschäften, beim Miets-, Dienst-, Werk-, Versicherungs- und Verlagsvertrag und besonders auch beim Auftrag. Auch hier besteht ein praktisches Bedürfnis, das die von uns vorgeschlagene Haftung aufs dringendste erfordert. Des näheren auf die innere Begründung unserer Auffassung einzugehen, würde den Rahmen der uns gestellten Aufgabe weit überschreiten. Ich verweise daher hierzu auf Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß (insbesondere S. 16 ff.).

Hieraus geht meines Erachtens zur Genüge hervor, daß hier mehr als bloße Ausnahmen für Einzelfälle in Frage kommen müssen. Dazu sind es „zu viele und zu typische Fälle". Es handelt sich vielmehr um einen allgemeinen Grundsatz, um den Satz, daß jeder, der an einen Vertrag interessiert ist, auch für seine Fahrlässigkeit beim Abschluß desselben einstehen muß. Diese, unsere Ansicht stützt sich, wie wir ja auch schon oben angedeutet haben, freilich nicht unmittelbar auf das Gesetz; sie ist vielmehr ein Erfordernis des praktischen Lebens. Gerade dieser letzte Gedanke muß uns, eingedenk des Satzes Justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuens ermutigen — zumal wenn, wie hier auch noch Geschichte und Anologie zu unseren Gunsten sprechen —, aus den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes noch andere Rechtssätze, wo es not tut, zu finden und anzuerkennen. Theoretisch wird auch überall zugegeben und betont, daß man sich unter Umständen frei machen muß von den Fesseln starrer Rechtssätze und etwaige Lücken und Härten im Gesetz nach Möglichkeit auszugleichen hat, „aber bei der Anwendung im einzelnen Fall wird es recht oft mißachtet".

Auch von uns soll nicht verkannt werden, daß mitunter die größte Billigkeit zum schlimsten Unrecht werden kann. Das aber ist hier nicht zu befürchten, da wir die Schadensersatzhaftung ja von subjektiven Momenten, vom Verschulden abhängig machen.

Lebenslauf.

Ich, *Carl Joseph Siebert*, katholischer Religion, wurde am 6. April 1888 als Sohn des Lehrers Joseph Siebert und dessen Ehefrau Ida, geb. Kehl, in Uerzell, Kreis Schlüchtern (Hess.-Nass.) geboren. Nach fünfjährigem Besuch der Elementarschule trat ich Ostern 1899 in die Sexta der Lateinschule zu Geisa (Sachs.-Weim.) ein. Ostern 1904 wurde ich in die Untersekunda des Kgl. Gymnasiums in Fulda aufgenommen, woselbst ich am 2. März 1908 die Reifeprüfung bestand.

Ich widmete mich alsdann dem Studium der Rechtswissenschaft, studierte zunächst drei Semester in Marburg, darauf zwei in Berlin und im sechsten Semester wieder in Marburg.

Meine Lehrer waren die Professoren:

In Marburg: *André, Engelmann, Enneccerus, Heymann, Jahrmärker, Leonhard, Meyer, Schücking, Traeger, Troeltsch, Westerkamp.*

In Berlin: *Brunner, Dickel, Hellwig, Kahl, v. Liszt, v. Schmoller, Sering, Simmel, Wagner, Zimmermann.*

Am 23. September 1911 bestand ich vor der Königl. Prüfungs-Kommission in Cassel die erste juristische Prüfung. Darauf wurde ich auf neun Monate dem Amtsgericht in Hünfeld zur praktischen Ausbildung überwiesen. Zur Zeit bin ich am Landgericht in Cassel beschäftigt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 28. Oktober 1912 in Marburg.